GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".
(Siete Partidas: Partida 1a., Título 1.o, Ley XIII).

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:
JULIAN MOTTA SALAS

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

TOMO LVIII 58 BOGOTA - COLOMBIA, OCTUBRE A DICIEMBRE DE 1944 NUMERO 2016

SALA PLENA

Artículos 6o. y 8o. de la Ley 88 de 1935, y 2o. del Decreto número 1766 de 1936, acusados como inconstitucionales. Noción jurídica de derecho adquirido

1.—Extendiendo la garantía del artículo 26 de la Constitución, que más bien es materia del derecho privado, al campo del derecho público interno, sucede que el artículo 6º de la Ley 88 de 1935 no quitó ningún derecho a los Oficiales del Ejército que prestaban servicio activo durante la vigencia de la Ley 71 de 1915, sencillamente porque ningún derecho adquirido les asistía.

Si el derecho adquirido es, en resumen, la efectividad de una situación jurídica que la ley previó y ampara, mientras rigió el artículo 8º de la Ley 71 de 1915, a los Oficiales del Ejército únicamente los favorecía la expectativa de un derecho para la edad de retiro, esperanza o hecho futuro que muy lejos estaba de configurar la efectividad de la situación jurídica que es el derecho adquirido.

Si el constituyente, en el artículo 166, asignó a la ley el sistema de reemplazos y la determinación de los derechos y deberes de los militares, y si al fijar la edad para el retiro absoluto y forzoso de los Oficiales del Ejército proveyó el artículo 6º de la Ley 88 de 1935 a esos sistemas y determinación, la ley no hizo otra cosa que obedecer el mandato constitucional.

2.—La circunstancia de haber sido dictado el artículo 2º del Decreto número 1766 acusado, en aplicación de la Ley 88 de 1935, que en forma alguna pugna con ninguno de los preceptos de la Carta, deja sin objeto la demanda de inexequibilidad en este particular ya que es doctrina reiteradamente sostenida por la Corte, la de que no hay lugar a considerar y decidir el pedimento de inconstitucionalidad de un decreto que tenga como fundamento una ley y que sea acorde con ella, mientras ésta no haya sido declarada inexequible, pues el acto gubernativo dictado en aplicación y con observancia de la ley se sustenta suficientemente en ella. Por otra parte, parece que el carácter estrictamente particular que tiene el artículo 2º del Decreto número 1766 de 1936, en referencia, lo señala más bien como materia de acusación ante la justicia contencioso-administrativa, por fundarse su ataque en el menoscabo de un interés o derecho personal ocasionado por la actividad de la Administración Pública, y por carecer del alcance general que deben

tener los actos acusables por la vía de la acción popular que consagra el artículo 149 de la Constitución, instituída con el objeto de defender el derecho público nacional.

3.—Cuando el Gobierno haga la declaración de pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan Oficiales retirados, procederá porque la ley le impone esa obligación. No se arroga el Gobierno, entonces, ningún poder arbitrario, sino que ejecuta lo que la misma ley determina, y así no invade una esfera de actividad que le esté prohibida y que afecte la separación de los Organos del Poder Público. De otra parte, tampoco los ordinales 2º y 3º y el parágrafo del artículo 8º de la Ley 88 de 1935 implican infracción del artículo 169 de la Carta, porque ese mandato constitucional autoriza a la ley para fijar los casos y el modo de privar a los militares de sus pensiones, modo y casos que precisamente señaló la disposición acusada, además de las causas que detalla la Ley 84 de 1931. Y desde luégo el parágrafo del artículo 8º no es una falta contra los requisitos del juzgamiento (artículo 22 de la Constitución). Para hacer la declaración de pérdida de las pensiones o sueldos de retiro, preexisten en la ley los actos que pueden imputarse a los Oficiales como motivo de esa pérdida, se designa quién debe juzgar tales actos y se dan las fórmulas para proceder. Y es que las formas propias de cada juicio, cuya plenitud es necesario observar, exclusivamente son de creación legal. Nótese, de otro lado, que si la resolución del Gobierno es revisable por el Consejo de Estado, éste, a no dudarlo, examinará a fondo los hechos y la prueba breve y sumaria, lo cual entraña una efectiva garantía.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, octubre cinco de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elias Aguirre).

Por estimar que son inconstitucionales los artículos 6º y 8º de la Ley 88 de 1935, y 2º del Decreto número 1766 del 22 de julio de 1936, el Coronel Angel María Serrano, en retiro absoluto, pidió a la Corte que los declarara inexequibles, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 149 de la Constitución Nacional.

Arreglada la demanda a los requisitos del artículo 2º, Ley 96 de 1936, el Coronel Serrano agregó al libelo, autenticados, algunos ejemplares del *Diario Oficial* que contienen la Ley y el Decreto referidos, y además, la Ley 71 de 1915.

* * *

El artículo 6º de la Ley 88 de 1935 (por la cual se adicionan, aclaran y modifican las Leyes 71 de 1915, 23 de 1916, 75 de 1925, 115 de 1928 y 15 de 1929), dice:

"Será forzoso el retiro absoluto para los Oficiales de todas las clases en las siguientes edades:

"Los Subtenientes, a los treinta y dos años.
"Los Tenientes, a los treinta y cinco.
"Los Capitanes, a los cuarenta y cuatro.
"Los Mayores, a los cuarenta y ocho.
"Los Tenientes Coroneles, a los cincuenta y dos.
"Los Coroneles, a los cincuenta y cinco.
"Los Generales, a los cincuenta y ocho."

El artículo 8º ibidem, ordena:

"Son causas, además de las previstas en el Código Militar, para la pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan los Oficiales en retiro, las siguientes:

"1ª Pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas.

"2ª Incitar por medio de la prensa, en reuniones políticas o en cualquiera otra forma, a la ejecución de actos subversivos o que tiendan a desconocer las prerrogativas legales o constitucionales del Gobierno o a crearle dificultades.

"3ª Poseer o guardar armas pertenecientes a los parques nacionales.

"Parágrafo. Para hacer esta declaración, el Gobierno sólo necesita de una información breve y sumaria, pero la resolución que él dicte es revisable por el Consejo de Estado."

Y el artículo 2º del Decreto número 1766 de 1936 (por el cual se dispone el retiro de algunos Oficiales del Ejército), es de este tenor:

"Con fundamento en la Ley 88 de 1935, y por razones de edad, llámase a calificar servicios y pásanse a la situación de retiro absoluto del Ejército, a los siguientes Oficiales:

"Coronel Angel María Serrano y Teniente Coronel Alejandro Caicedo."

* * *

El demandante cree que fueron infringidos los artículos 13, 22, 26, 42, 44, 52, 166 y 169 de la Constitución, y, al efecto, en síntesis argumenta así: que el artículo 8º de la Ley 71 de 1915 señalaba distintas edades para el retiro forzoso y absoluto de los Oficiales del Ejército, fijándoles a los Coroneles un límite de *cincuenta y ocho años;* que sobre esa base tenían los Oficiales adquirido el derecho a permanecer en el servicio activo, derecho que vulneró el artículo 6º de la Ley 88 de 1935 contra lo preceptuado en los artículos 26, 166 y 169 de la Constitución; que, por

lo mismo, el artículo 2º del Decreto 1766 de 1936, quebrantó el derecho del actor a continuar en el Ejército hasta cumplir los cincuenta y ocho años de edad, y que el artículo 8º de la citada Ley 88 afecta la ciudadanía, las formalidades del juzgamiento, la libertad de reunión y asociación, las funciones limitadas de los órganos del Poder Público y los privilegios militares.

* * *

La Procuraduría General de la Nación, oída por mandato del artículo 30, Ley 105 de 1931, en un denso y cabal estudio somete a la Corte la conclusión "de que son clara y perfectamente constitucionales los artículos 6º y 8º de la Ley 88 de 1935, y de que por consiguiente el artículo 2º del Decreto número 1766 del 22 de julio de 1936 es de validez irrecusable por estar ajustado a la primera de aquellas disposiciones legales."

* * *

Procede la Corte a resolver los problemas que el acusador presentó.

Artículo 6º de la Ley 88 de 1935.

En relación con los Coroneles, la edad de cincuenta y ocho años que consignaba el artículo 8º de la Ley 71 de 1915, para el retiro forzoso y absoluto, fue rebajada a cincuenta y cinco por el artículo 6º de que se trata.

¿Tendrían los Oficiales que entraron al Ejército bajo el régimen de la Ley 71 de 1915, un derecho adquirido a no ser retirados del servicio activo sino cuando llegaran a las edades del artículo 8º de tal Ley 71? La expedición de la Ley 88 de 1935 que en el artículo 6º varió las edades del retiro, ¿desconocería los derechos que garantiza el artículo 26 de la Carta?

Se impone una respuesta negativa.

No es posible confundir la noción de derecho adquirido con lo que sólo es la simple expectativa de un derecho.

Extendiendo la garantía del artículo 26 de la Constitución, que más bien es materia del derecho privado, al campo del derecho público interno sucede que el artículo 6º de la Ley 88 de 1935 no quitó ningún derecho a los Oficiales del Ejército que prestaban servicio activo durante la vigencia de la Ley 71 de 1915, sencillamente porque ningún derecho adquirido los asistía.

Inobjetables resultan las citas que el actor trae en su demanda: el derecho adquirido es "un bien jurídico creado por un hecho capaz de producirlo según la ley entonces vigente, y que de acuerdo con la misma Ley entró en el patrimonio del titular". "Los derechos adquiridos son aquellos que pueden ser actualmente ejercidos, a los cuales el Poder Público debe protección, tanto para defenderlos contra terceros como para asegurar todo su desarrollo". "Los derechos adquiridos son aquellos que hacen parte de nuestro patrimonio y están fuera del alcance de un tercero".

También es inobjetable lo que el señor Procurador toma del Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche:

"Mas ¿qué se entiende por derechos adquiridos? *Derechos adquiridos* son los que han entrado en nuestro patrimonio y hacen parte de él y que ya no pueden quitársenos por el mismo de quien los hemos obtenido. Tales son los derechos que se derivan inmediatamente de un contrato, los que nos ha conferido un testamento cuyo autor ha muerto, los que tenemos a una sucesión abierta en virtud de una ley vigente al tiempo de abrirse. Pero no son tales los derechos puramente facultativos, a menos que los hayamos ejercido, y que por razón de este ejercicio se hayan hecho nuéstras las cosas que son su objeto. Hay, en efecto, facultades otorgadas por la ley, como las hay otorgadas por particulares; y si éstas son esencialmente revocables mientras no toman el carácter de derechos estipulados o convencionales, aquéllas no dejan de serlo jamás porque el legislador no contrata cuando concede una facultad; permite, pero no se obliga; conserva siempre el poder de retirar su permiso, y aquellos a quienes lo retira antes de que hayan hecho uso de él, no tienen pretexto alguno para quejarse.

"IV. Lo que decimos de la simple facultad de que todavía no se ha hecho uso, ¿puede acaso aplicarse a la *expectativa*, esto es, a la esperanza que por razón de un hecho ya pasado o por cierto estado de cosas tenemos concebida de gozar de un derecho futuro? En otros términos: ¿esta esperanza constituye por sí misma un derecho adquirido? Esto depende de la naturaleza del hecho o del estado de cosas de que la tenemos. Podemos tenerla, con efecto: 1º de la voluntad todavía mudable y *ambulatoria* del hombre; 2º de una ley que el legislador que la creó es siempre dueño de revocar; 3º de un testamento cuyo autor ha fallecido; 4º finalmente, de un contrato.

"En el primero y segundo caso, es evidente que la expectativa o esperanza no constituye un derecho adquirido; porque no puede considerarse como adquirido el derecho que no se ha deferido todavía y cuya expectativa no se apoya sino en un acto siempre revocable. Así es que mientras vive el testador que ha dispuesto de sus bienes con arreglo a la ley vigente, puede una nueva ley neutralizar sus disposiciones y dejar sin efecto la esperanza que habían formado los herederos instituídos y los legatarios. Así es que mientras no se abre una sucesión que por la ley existente debe pertenecer en todo o en parte a tal persona, puede una ley nueva, estableciendo

otro orden de suceder, quitar a esta persona la esperanza que tenía de recoger la herencia."

El derecho adquirido es, en resumen, la efectividad de una situación jurídica que la ley previó y ampara.

Mientras rigió el artículo 8º de la Ley 71 de 1915, a los Oficiales del Ejército únicamente los favorecía la expectativa de un derecho para la edad de retiro, esperanza o hecho futuro que muy lejos estaba de configurar la efectividad de la situación jurídica que es el derecho adquirido.

"Por otra parte, escribe el señor Procurador, y refiriéndose al mismo punto de vista de derecho adquirido que se plantea en la demanda, es indudable que para los Oficiales que ingresaron al Ejército Nacional durante la vigencia del artículo 8º de la Ley 71 de 1915, las edades allí señaladas podrían constituir base o incentivo para su determinación, pero no podría ocultárseles que esa condición de realización futura estaba desde luégo sujeta a múltiples contingencias para su realización y que por lo mismo no podían contar con ella con la misma certidumbre de un hecho de ineludible cumplimiento, como algo que ya estuviera irrevocablemente incorporado a su patrimonio. Tenían sí una esperanza, una esperanza fundada en una ley, o sea la expectativa de permanecer en el servicio del Ejército hasta el cumplimiento de la edad que los obligara al retiro..."

Y expresa el artículo 17 de la Ley 153 de 1887: "Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene".

El artículo 6º de la Ley 88 de 1935 no daña, pues, la garantía del artículo 26 de la Constitución.

Por lo que toca con la invocación de los artículos 166 y 169 del Estatuto Constitucional, la Sala afirma que el artículo 6º acusado, de la Ley 88 de 1935, menos puede tacharse de opuesto a esos principios fundamentales.

El artículo 166 establece que la Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente, y que la ley determinará el sistema de reemplazos en él, y los ascensos, derechos y obligaciones de los militares.

Y el artículo 169 dice que los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que la ley disponga.

Si el constituyente, en el artículo 166 asignó a la ley el sistema de reemplazos y la determinación de los derechos y deberes de los militares, y si al fijar la edad para el retiro absoluto y forzoso de los Oficiales del Ejército proveyó el artículo 6º de la Ley 88 de 1935 a esos sistemas y determinación, la ley no hizo otra cosa que obedecer el mandato constitucional.

Ahora, por lo que concierne al artículo 169 de la Carta, el precepto legal acusado, que señaló la edad de retiro, es evidente que no contempla privación de grados, honores y pensiones de los Oficiales.

* * *

Artículo 2º del Decreto 1766 de 1936.

Manifestó el actor:

Las mismas razones ya aducidas militan para solicitar la inexequibilidad del artículo 2º del Decreto 1766, de 22 de julio de 1936, por el cual se dispone el retiro de algunos Oficiales del Ejército.

"Fuera de que el Decreto se funda en una Ley —la 88 de 1935— cuya inexequibilidad he solicitado por inconstitucional, el Decreto en cuestión adolece del mismo vicio por emanar de una ley carente de validez"

Si el artículo 2º del Decreto que llamó al Coronel Angel María Serrano y al Teniente Coronel Alejandro Caicedo a calificar servicios, pasándolos a la situación de retiro absoluto del Ejército, por motivo de edad, comportase materia de que pudiera conocer la Corte en ejercicio de la función a ésta asignada por el artículo 149 de la Constitución Nacional, sería suficiente el anterior análisis acerca del artículo 6º de la Ley 88 de 1935, para demostrar la exequibilidad del artículo 2º del Decreto.

Pero es que la circunstancia de haber sido dictado el tántas veces referido artículo 2º del Decreto número 1766, de 22 de julio de 1936, en aplicación de la Ley 88 de 1935, que en forma alguna pugna con ninguno de los preceptos de la Carta, según se vio en el capítulo anterior, deja sin objeto la demanda de inexequibilidad en este particular, ya que es doctrina reiteradamente sostenida por la Corte, que no hay lugar a considerar y decidir el pedimento de inconstitucionalidad de un decreto que tenga como fundamento una ley y que sea acorde con ella, mientras ésta no haya sido declarada inexequible, pues el acto gubernativo dictado en aplicación y con observancia de la ley se sustenta suficientemente en ella.

Por otra parte, parece que el carácter estrictamente particular que tiene el artículo 2º del Decreto número 1766 de 1936, en referencia, lo señala más bien como materia de acusación ante la justicia contencioso-administrativa por fundarse su ataque en el menoscabo de un interés o derecho personal ocasionado por la actividad de la Administración Pública, y por carecer del alcance general que deben tener los actos acusables por la vía de la acción popular que consagra el artículo 149 de la Constitución, instituida con el objeto de defender el derecho público nacional.

* * *

Artículo 8º de la Ley 88 de 1935.

Además de las previstas en el Código de Justicia Militar (Ley 84 de 1931), tres son las causas que el artículo 8º estatuyó para la pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan los Oficiales en retiro, a saber: pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas; incitar por medio de la prensa, en reuniones políticas o en cualquiera otra forma, a la ejecución de actos subversivos o que tiendan a desconocer las prerrogativas legales o constitucionales del Gobierno, o a crearle dificultades, y poseer o guardar armas de los parques nacionales.

La primera de tales causas (pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas), ya fue objeto de un fallo de la Corte que el 21 de abril último declaró exequible el ordinal 1º del artículo 8º, Ley 88 de 1935.

De suerte que la Sala, en ese punto, se atiene al fallo aludido.

En lo tocante a los numerales 2º y 3º y al parágrafo del artículo 8º, el acusador tiene por cierto que son violatorios de los artículos 22, 52 y 169 de la Constitución.

Tanto el demandante como el señor Procurador General de la Nación atribuyen a las causas expresadas en los números 2º y 3º del artículo 8º, Ley 88 de 1935, la enunciación de claros delitos. Quizá lo sean en algunos casos, mas no siempre tendrán el carácter de violaciones del Código Penal y del Código de Justicia Militar.

El actor asevera que "el Gobierno usurpa jurisdicción al castigar por medios ajenos a tales Códigos y sin las formalidades que ellos establecen la ejecución de los hechos delictuosos allí enumerados".

Se contesta:

Cuando el Gobierno haga la declaración de pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan Oficiales retirados, procederá porque la ley le impone esa obligación. No se arroga el Gobierno, entonces, ningún poder arbitrario, sino que ejecuta lo que la misma ley determina, y así no invade una esfera de actividad que le esté prohibida y que afecte la separación de los Organos del Poder Público.

De otra parte, tampoco los ordinales 2º y 3º y el parágrafo del artículo 8º implican infracción del artículo 169 de la Carta, porque ese mandato constitucional autoriza a la ley para fijar los casos y el modo de privar a los militares de sus pensiones, modo y casos que precisamente señaló la disposición acusada, además de las causas que detalla la Ley 84 de 1931.

Y desde luégo el parágrafo del artículo 8º no es una falta contra los requisitos del juzgamiento (artículo 22 de la Constitución). Para hacer la declaración de pérdida de las pensiones o sueldos de retiro, preexisten en la Ley los actos que pueden imputarse a los Oficiales como motivo de esa pérdida, se designa quién debe juzgar tales actos y se dan las fórmulas para proceder. Y es que las formas propias de cada juicio, cuya plenitud es necesario observar, exclusivamente son de creación legal.

Nótese, de otro lado, que si la resolución del Gobierno es *revisable* por el Consejo de Estado, éste, a no dudarlo, examinará a fondo los hechos y la prueba breve y sumaria, lo cual entraña una efectiva garantía.

* * *

Los textos constitucionales que la demanda invoca no han sido violados, tampoco, por razones distintas de las que el actor alegó, ni las disposiciones acusadas pecan contra otros principios de la Constitución diversos de aquéllos.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación, resuelve:

1º Son exequibles el artículo 6º de la Ley 88 de 1935, y los ordinales 2º y 3º y el parágrafo del artículo 8º ibídem;

2º En lo que atañe al ordinal 1º del mismo artículo 8º, la Sala se remite a la citada sentencia de 21 de abril de 1944; y

3º No hay lugar a decidir sobre la acusación del artículo 2º del Decreto número 1766, de 22 de julio de 1936.

Comuníquese al Ministerio de Guerra.

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

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

SALVAMENTO DE VOTO

Salvamos nuestro voto por las siguientes razones:

El artículo 8º de la Ley 88 de 1935, que la Corte declara exequible en su totalidad, se compone de tres numerales y un parágrafo: los numerales señalan motivos de pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan los Oficiales del Ejército en retiro; y el parágrafo da al Gobierno facultad para decretar aquella pérdida en forma sumaria.

De los tres hechos que esta Ley establece como determinantes de la pérdida de pensiones o sueldos de retiro del Ejército el contemplado por el numeral 1º no estaba ahora sometido a decisión porque sobre él se pronunció ya la Corte, en sentencia fechada el veintiuno de abril último. De suerte que el punto planteado en esta ocasión sólo se refiere a los numerales 2º y 3º y al parágrafo del artículo 8º, Ley 88 de 1935.

Estos numerales dicen que son causas, además de las previstas en el Código Militar, para que los antiguos Oficiales del Ejército pierdan la pensión o sueldo de retiro de que disfrutan, las siguientes:

"2º Incitar por medio de la prensa, en reuniones políticas o en cualquiera otra forma, a la ejecución de actos subversivos o que tiendan a desconocer las prerrogativas legales o constitucionales del Gobierno o a crearle dificultades" y

"3º Poseer o guardar armas pertenecientes a los parques nacionales."

Como se ve, esta Ley da el carácter de infracciones punibles con la pena de pérdida de la pensión o sueldo de retiro, a ciertas actividades de los Oficiales retirados. Se trata, pues, de una disposición de carácter penal puesto que prohibe un hecho y conmina a los presuntos infractores con una sanción no simplemente correccional o disciplinaria, como sería una multa, por ejemplo, o un arresto militar, sino con una verdadera pena.

Algo más: se trata de infracciones correspondientes al género denominado *delitos formales*, o sea aquellos que se sancionan sin tener en cuenta sus resultados efectivos sino sólo en atención al peligro que de suyo implican. Y por eso mismo, por ser más difícil la apreciación y calificación de los delitos formales, ellos deben ser juzgados "con la plenitud de las formas" de un juicio como lo dispone el artículo 22 de la Constitución.

Pero el parágrafo del artículo 8º acusado por inconstitucional, permite al Organo Ejecutivo del Poder Público imponer la sanción correspondiente sin fórmula de juicio, pues dice lo siguiente:

"Para hacer esta declaración, el Gobierno sólo necesita de una información breve y sumaria, pero la resolución que él dicte es revisable por el Consejo de Estado."

Reemplazar todas las formalidades y garantías procedimentales por un simple recurso administrativo de demandar ante el Consejo de Estado la resolución ministerial que sin fórmula de juicio califica el hecho, define la responsabilidad y condena al acusado, es abiertamente inconstitucional (artículo 22 de la Carta); coloca al acusado en posición de demandante; da al Juez el poder de condenar por la información que a su arbitrio estime suficiente, y lo faculta para condenar sin oír al acusado. Y ese Juez penal es el Ministro de Guerra, que en tiempo de paz no puede ejercer simultáneamente la autoridad militar y la judicial (artículo 55).

Ahora: si al conminar a los militares retirados con la amenaza de privarlos de su pensión de retiro, se quiere hacer tal conminación no como el anuncio de una verdadera pena sino como simple medida civil o administrativa, con ella se viene a condicionar un derecho adquirido y perfecto, con violación de las normas constitucionales sobre propiedad y derechos adquiridos, puesto que los sueldos de retiro no son donativo gracioso del Estado sino prestaciones remuneradas que se cubren con dineros provenientes en parte de cuotas servidas por los mismos militares cuando estaban en servicio activo. Y es atentatoria de ese derecho adquirido y perfecto la disposición acusada, por lo menos en cuanto tiene efecto retroactivo sobre pensiones o sueldos remuneratorios obtenidos o decretados antes de que ella se expidiera, como lo explicaron luminosamente el Magistrado doctor José María Blanco Núñez y el Conjuez doctor Eduardo Rodríguez Piñeros, en sus salvamentos de voto relativos a la sentencia de la Corte fechada el veintiuno de abril último.

Bogotá, 5 de octubre de 1944.

Liborio Escallón, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta, José Antonio Montalvo.

Demanda de inexequibilidad de los artículos 1o. y 2o. de la Ley 51 de 1943, sobre comunidades

1.—Cuando el artículo 1º de la Ley 51 de 1943 faculta al comunero para hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio del lote poseído y explotado económicamente, por un tiempo equivalente a la tercera parte de la duración de la vida del hombre en estas latitudes, está aplicando un criterio lógico o en consonancia con el pensamiento expreso del constituyente colombiano, de estimular especialmente el trabajo. Con eso no ha hecho otra cosa que estimular y apoyar el esfuerzo de quien incorpora a la tierra capital y energías físicas. Al establecer la Ley 51 que el que ha explotado económicamente durante veinte años determinada parte de una comunidad, puede pedir judicialmente se le declare dueño, hace algo análogo a lo que se produce con la división de la comunidad, pues en ésta el Juez reconoce a cada comunero la propiedad del área elaborada por quien tuvo el ánimo de que su esfuerzo se viera recompensado en la medida en que lo realizó, obteniendo merecidamente la protección del Estado.

2.—En lo referente a la prescripción entre comuneros, la Corte admite como exacta la aseveración de que "no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho proindiviso". Sólo que también ha admitido la Corte la posibilidad de que la prescripción obre contra los copartícipes cuando el comunero posee con ánimo de dueño exclusivo y absoluto, cuestión de hecho que debe establecerse plenamente. Y es que con las personas vinculadas a la comunidad de un predio, pueden presentarse tres situaciones, a saber: 1º Comunidad organizada y actuante. En ella todos los comuneros se reconocen como tales, se sabe exactamente su número, la cuota que a cada uno corresponde y el título en que la comunidad se funda. 2º Comunidad sin propósitos de solidaridad. En ésta, por el transcurso del tiempo, se ha perdido la cuenta del número de comuneros; ellos no conocen con exactitud la extensión indivisa de sus derechos y en la porción del fundo que poseen entra un criterio de aprovechamiento exclusivista. 3º Desconocimiento total de la comunidad. Posesión pro suo. Aquí el comunero se olvida de su título y posee para sí, como único dueño, ignorando derechos ajenos, sin interesarle quiénes hacen parte de la comunidad, es decir, mostrándose extraño a su existencia. Aun cuando no corresponda a la realidad, a las situaciones efectivas y de hecho, la Corte admite ese estado legal de las comunidades a que se ha referido en el aparte primero. Pero sí debe reconocer que las constituídas y vigentes —si acaso lo están— en esas condiciones, son en número muchísimo menor a aquellas otras (2º y 3º) en que los copartícipes actúan aisladamente y con miras a un lucro individualista. En el primer supuesto se trata de comunidades reales, que tienen que ser reguladas por las disposiciones del Código Civil pertinentes al cuasi-contrato de comunidad, en el cual no es la voluntad de las partes lo que prevalece sino el interés general. En una comunidad así organizada es inaceptable —jurídicamente— que un comunero pueda alegar la prescripción contra los condueños, pretendiendo haber usucapido la propiedad con exclusión de éstos, por faltarle los elementos característicos e indispensables de la posesión, tal como ésta ha sido instituída por la ley. Esa aspiración, inconciliable con la índole y naturaleza de la comunidad de que se trata, que necesariamente genera derechos y obligaciones entre los copartícipes por su condición de propietarios de una cuota en un fundo o en una universalidad, significaría una negación del título con que se entró a poseer, el cual no fue individual ni personal, sino a nombre y en beneficio del conjunto de dueños. El segundo aparte presenta hipótesis muy distinta. Para el comunero que ha invocado el título de tál, sólo para iniciar la explotación, la posesión material es lo esencial; su conducta es la de propietario singular, y aun cuando sepa que se trata de un predio que pertenece a varios y que la cuota de cada cual es aún indeterminada, este aspecto le tiene sin cuidado y es enteramente secundario en sus planes y actividades. Tal lo que ocurre en aquellas comunidades a las que se han vinculado derechos provenientes de sucesiones ilíquidas, de origen inmemorial, en las que no sólo hay incertidumbre con respecto al número de los comuneros sino al mismo origen de la comunidad. Son, pues, comunidades nominales; la multiplicidad numérica,

por sí, no le da su verdadero carácter, puesto que los interesados se comportan como dueños individuales. Luego, si estos comuneros poseen en las condiciones legales, pueden prescribir contra la comunidad la propiedad del lote que ocupan.

La tercera situación —tan frecuente como la anterior— ofrece el claro ejemplo de posesión pro suo, **con voluntad manifestada constantemente de negar toda participación que sea extraña a las ambiciones personales del poseedor, tal como lo haría un tercero verdaderamente ajeno a la comunidad. Este es el caso al cual se ha referido la Corte en varios fallos, como anteriormente se dijo, en los que cabe la prescripción. Ahora bien: las disposiciones de la Ley 51 de 1943 son interpretativas de las normas del Código Civil, a que la doctrina, por disposiciones lógicas, dio determinado entendimiento en el sentido de hacer imposible la prescripción entre cierta categoría de comuneros; nada de exótico o inconveniente hay, pues, en que el legislador de 1943 haya cambiado esa doctrina, puesto que estaba facultado para hacerlo, en razón de que la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero (artículo 25 del Código Civil). En tal caso no hay violación de derechos adquiridos, porque éstos no descansan en lo que haya establecido la jurisprudencia, por largo, constante e inveterado que sea o haya sido su reinado, sino en cuanto los proteja expresamente la ley.**

3.—La ley acusada quebranta el artículo 26 de la Constitución, porque sacrifica el derecho de los comuneros contra quienes el que ha poseído antes de la vigencia de la ley —por veinte años— puede oponerles usucapión; de suerte que el derecho de dominio de aquéllos, que estaba amparado según el Código por un término de treinta años, queda sin protección de un momento a otro y sin advertencia defensiva o salvadora, por todo el tiempo que para los treinta años le faltara al poseedor material. Hasta ahora los comuneros no poseedores —materialmente hablando— por negligencia o cualquiera otra causa, confiaban en que su situación estaba respaldada por los treinta años que el Código señalaba. De manera que en cuanto no hubiere transcurrido ese término, no tenían por qué temer la pérdida de su derecho. Y según la Ley 51, súbitamente vienen a saber que ese lapso es sólo de veinte y que, por tanto, aquello que en cálculos entraba como integrante de su patrimonio, había sufrido un fenómeno imprevisto que los cogía desprevenidamente.

En consecuencia, son exequibles los artículos acusados, salvo el inciso tercero del artículo 1º, en cuanto dice: "Haya completado o complete veinte (20) años...., antes..... de la vigencia de esta Ley". Esta parte del artículo es inexequible.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, noviembre dos de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

En demanda fechada en Popayán el veintiséis de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, el señor Hernando Cruz Riascos, ciudadano colombiano, ha pedido, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 149 de la Constitución Nacional, que la Corte Suprema declare inexequibles los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre comunidades".

Cuando ya se le había dado a la solicitud el curso correspondiente (se hallaba en la Procuraduría General de la Nación), el actor introdujo un escrito adicional (marzo 24), en el que hace nuevas consideraciones que aclaran notablemente —en su opinión— el problema al estudio hoy de la Corte.

Los artículos acusados dicen:

"Artículo 1º El comunero, que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común proindiviso o alguna parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente.

"La prescripción que se establece podrá invocarse judicialmente como acción o como excepción.

"La prescripción extraordinaria se verifica cuando el que posee como comunero haya completado o complete veinte (20) años de posesión y explotación económica, antes o después de la vigencia de esta Ley.

"A la posesión propia se puede agregar la de los antecesores en las condiciones del artículo 778 del Código Civil."

"Artículo 2º Sin perjuicio de optar el procedimiento especial de división establecido en el Código Judicial, todo el que tenga posesión material como comunero en un predio que se encuentre proindiviso entre dos o más personas, sin que entre ellas hayan contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, tendrá derecho a ser considerado como

propietario exclusivo del lote o parcela respecto del cual tenga en su favor, según el artículo precedente, una prescripción adquisitiva de dominio, y podrá pedir la declaración judicial correspondiente. En este caso, se presume que el lote poseído por el peticionario equivale a su derecho en la comunidad.

"Parágrafo 1º Esta acción, para obtener la declaratoria judicial del dominio, podrá instaurarse aunque anteriormente se haya demandado la división de la comunidad, de acuerdo con las disposiciones del Código Judicial.

"Parágrafo 2º Cuando la posesión material o las mejoras establecidas en las tierras de un predio indiviso pertenezcan a una sucesión, herencia yacente, concurso de acreedores, sociedad civil o comercial, etc., los respectivos representantes reconocidos legalmente podrán instaurar la acción judicial de que trata este artículo."

Tesis del actor.

El demandante, a renglón seguido de ofrecerle a la Corte su criterio acerca de la amplitud con que debe entenderse la idea de propiedad, que "ha evolucionado enormemente al través de las legislaciones de todos los países, pasando del estadio (sic) conservador del dominio absoluto individual al en que se considera como una función esencialmente social", principia a desenvolver su pensamiento y presenta resueltamente como canon constitucional violado por los artículos citados, el marcado con el número 26 de la Suprema Ley, que se va a transcribir:

"Artículo 26. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara."

La impugnación consiste en que tanto la propiedad privada como los derechos adquiridos, garantizados por la Constitución Nacional, han sido "cercenados" por la Ley 51 de 1943, según el demandante, quien anima la conclusión con el siguiente ejemplo:

"....en una comunidad formada como ocurre, generalmente, por una sucesión...., los comuneros tienen el mismo justo título que es el que se desprende del hecho de heredar al causante; desde el momento en que desaparece el *de cujus* surge para los herederos un derecho, es decir, adquieren derechos sobre los bienes de la sucesión. Pero viene la Ley 51 de 1943 y establece que aquel de los comuneros que se haya aprovechado de la finca, explotándola económicamente, tiene en su favor la acción o la excepción de prescripción adquisitiva del dominio contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros; ¿no está, por tanto, cercenando los derechos adquiridos de los demás comuneros y desconociendo el precepto constitucional que los ampara?"

No ya de inconstitucional sino de "antijurídico" califica el demandante el artículo 2º de la Ley 51, porque infringe el orden legal establecido con respecto a los poseedores en común. Insiste aquí en el ejemplo de que se sirvió al tratar del artículo 1º, aunque de una manera más patética puesto que apela, para darle mayor fuerza al raciocinio, a la superioridad patrimonial que puede hacer valer un comunero en perjuicio de otro, y destaca al mismo tiempo la gravedad del parágrafo 1º del artículo 2º, que va contra el artículo 2524 del Código Civil.

La Corte cree haber entendido bien los argumentos de la demanda al decir que pueden resumirse en estos dos principalmente: a), que la jurisprudencia del país ha sostenido que no hay prescripción entre comuneros, puesto que ninguno de ellos posee a nombre propio sino para la comunidad; y b), que la ley acusada establece la retroactividad en sus efectos.

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador General de la Nación, luégo de hacer un estudio del problema que se debate, ha pedido que se nieguen las peticiones de la demanda.

Origen de la Ley 51 de 1943.

La ley acusada, cuya vigencia principió el 28 de julio de 1944, tuvo una larga gestación (cuatro años) en las Cámaras Legislativas y fue el fruto de un meditado estudio y materia de amplias discusiones, en las que tomaron parte los especialistas que integraban aquel Organo del Estado.

Se inspiró ella —esto es manifiesto— en el deseo benéfico de acabar con la anomalía provocada por los interminables juicios de división, que sustraen, consecuencialmente, del movimiento económico grandes riquezas del territorio na-

cional. Porque mientras subsiste ese estado de inseguridad, que es derivación de un litigio de resultados que no se definen en un tiempo siquiera previsible y que por eso bien podrían llamarse inciertos, el indiviso es un inmueble prácticamente retirado del comercio, sin aliento productor y con muy pocas posibilidades de tenerlo en un futuro próximo.

Quizás también obró en el ánimo de los legisladores la consideración de que el indiviso es una fuente de delitos, verdadero semillero de infracciones "contra la vida y la seguridad personal". Y no es necesario explicar esta posibilidad, porque no habrá persona alguna que no conozca cuando menos uno de esos episodios sangrientos que se suceden en los campos cada vez que un comunero corre unos metros su cerca sobre el fundo del vecino, tratando de ensanchar el espacio de su derecho ideal o imaginario.

La Ley 51 no hace sino reconocer un hecho indiscutible, o sea, que casi todos, si no todos, los problemas referentes a la indivisión, están ya sometidos al trámite judicial, en espera de decisiones que no han llegado todavía, a pesar del tiempo corrido desde la iniciación de los respectivos juicios, como puede verse en estos elocuentes datos que la Corte ha logrado obtener, con la advertencia de que se limitan a una mínima parte de los existentes en un solo Departamento:

"Comunero de Jamundí", en el Municipio de Jamundí (Departamento del Valle del Cauca); capacidad: 16.000 hectáreas; número de comuneros: 800; iniciado en 1894. *"Cáceres"*, en el Municipio de Bolívar (Departamento del Valle del Cauca); capacidad, 5.679 hectáreas; número de comuneros: 175; iniciado en 1885. *"Arenal"*, en el Municipio de La Victoria (Departamento del Valle del Cauca); capacidad: 6.000 hectáreas; número de comuneros: 146; iniciado en 1876. *"El Overo"*, en el Municipio de Bugalagrande (Departamento del Valle del Cauca); capacidad, 25.000 hectáreas; número de comuneros: 670; iniciado en 1864. *"El Salto"*, en el Municipio de Andalucía (Departamento del Valle del Cauca); capacidad: 2.332 hectáreas; número de comuneros: 218; iniciado en 1860.

Se quiso, pues, buscarle solución radical a una cuestión que hasta el momento de expedirse la ley no parecía tener ninguna otra aceptable. Y en esa solución es muy probable que se tuvieran en cuenta apreciaciones de justicia social.

Cuando el artículo 1º de la Ley 51 de 1943 faculta al comunero para hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio del lote poseído y explotado económicamente, por un tiempo equivalente a la tercera parte de la duración de la vida del hombre de estas latitudes, cuya capacidad laborante no rebasa —con cálculos muy optimistas— del doble de aquella cifra (20) años, ¿no estará aplicándose un criterio lógico o en consonancia con el pensamiento expreso del constituyente colombiano, de estimular especialmente el trabajo, y comunicándosele vida y realidad a la frase "la propiedad es una función social que implica obligaciones"? ¿Cuál, si no el de apoyar el esfuerzo de quien incorpora a la tierra capital y energía físicas, puede ser el espíritu de una norma constitucional tan debatida y que nada se opone a que sea interpretada en el sentido esencialmente reformista que se le ha criticado?

El ejemplo que trae la demanda, que contempla la posibilidad de un favoritismo al capital, tomado éste más que como factor aliado en la producción, como signo de privilegio, ni es objetivo ni es demostrativo. Porque la contingencia de las ventajas y de los inconvenientes obra siempre en el libre juego de las actividades humanas, en que se procura aprovechar aquéllas y evitar éstos. Además, si es probable que un comunero mejor dotado, económicamente hablando, aumente su haber mediante la explotación "de lo que tenga poseído", en mengua de otro u otros de igual derecho inicial, también ocurriría —sin la Ley 51— que el cultivador, por ejemplo, acrecentara, sin utilidad para sí, el valor del predio indiviso, favoreciendo de esa manera a quienes nada hicieron ni por su mejoramiento, ni aun por su simple conservación. Y de modelo a modelo habría más injusticia —si es que de esto se trata— en el segundo que en el primero.

Al establecer la Ley 51 que el que ha explotado económicamente durante veinte años determinada parte de una comunidad puede pedir que judicialmente se le declare dueño, hace algo análogo a lo que se produce con la división de la comunidad, pues en ésta el Juez reconoce a cada comunero la propiedad del área elaborada por quien tuvo el ánimo de que su esfuerzo se viera recompensado en la medida en que lo realizó, obteniendo merecidamente la protección del Estado.

Prescripción entre comuneros.

Este punto fue debidamente estudiado al elaborar la ley. La Comisión de Reformas Civiles del Senado dijo sobre el particular:

"La prohibición de prescribir entre comuneros fue expresamente consagrada en la Ley 2ª, Título II, Libro 2º, del Fuero Real, de donde la tomó la Recopilación Castellana, llamada también Nueva Recopilación, de orden de Felipe II, acabada por don Bartolomé de Atienza; más tarde fue incorporada aquella prohibición en la Novísima Recopilación hecha de orden de Carlos IV, en 1804, por don Juan de la Reguera Valdelomar. Ahora bien: Tal prohibición no se conservó expresamente en el Código Chileno, por-

que el señor Bello no creyó del caso reproducirla en el articulado de aquella obra. Pero se dirá: esa prohibición resulta de la naturaleza misma de las cosas; cuando el comunero invoca prescripción contra otros comuneros, como posee a nombre de todos, no puede mudar por sí mismo la causa de su posesión. (*Nemo potest sibi ipse mutare causam possessionis;* artículo 780, inciso 2º, Código Civil). Sin embargo, hay lugar para creer que esta teoría de la no prescriptibilidad entre comuneros, falsea las bases mismas de la institución, es hija de la vieja escuela de la exégesis, y podría catalogarse entre las *abusivamente lógicas.*"

Fuera de no existir ninguna disposición que expresamente prohiba la prescripción entre comuneros, afirmar que en las grandes comunidades los copropietarios proceden guardando las formas naturales que impone la solidaridad, es ir sencillamente contra la evidencia de los hechos. Porque basta observar cuál es el proceso de lo que pudiera llamarse régimen de tales propiedades, en las que no gobierna una voluntad general y armonizada, sino que cada cual obra aisladamente, con prescindencia de los demás y con proyecciones a un utilitarismo personal, para darse cuenta de que en la mayor parte de las comunidades no existe ninguna de las condiciones esenciales para que sea posible tenérselas como a tierras en común.

Afirma el demandante que sobre el particular la jurisprudencia ha definido su criterio diciendo que "no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho proindiviso". La aseveración es exacta. Sólo que también la Corte ha admitido la posibilidad de que la prescripción obre contra los copartícipes cuando el comunero posee con ánimo de dueño exclusivo y absoluto, cuestión de hecho que debe establecerse plenamente

Y es que con las personas vinculadas a la comunidad de un predio, pueden presentarse tres situaciones, a saber:

1ª Comunidad organizada y actuante. En ella todos los comuneros se reconocen como tales, se sabe exactamente su número, la cuota que a cada uno corresponde y el título en que la comunidad se funda.

2ª Comunidad sin propósitos manifiestos de solidaridad. En ésta, por el transcurso del tiempo, se ha perdido la cuenta del número de comuneros; ellos no conocen con exactitud la extensión indivisa de sus derechos y en la porción del fundo que poseen entra un criterio de aprovechamiento exclusivista.

3ª Desconocimiento total de la comunidad. Posesión *pro suo.* Aquí el comunero se olvida de su título y posee para sí, como único dueño, ignorando derechos ajenos, sin interesarle quiénes hacen parte de la comunidad, es decir, mostrándose extraño a su existencia.

Aun cuando no corresponda a la realidad, a las situaciones efectivas y de hecho, la Corte admite ese estado legal de las comunidades a que se ha referido en el aparte primero. Pero sí debe reconocer que las constituídas y vigentes —si acaso lo están— en esas condiciones, son en número muchísimo menor a aquellas otras (2º y 3º) en que los copartícipes actúan aisladamente y con miras a un lucro individualista.

En el primer supuesto se trata de comunidades reales, que tienen que ser reguladas por las disposiciones del Código Civil pertinentes al cuasi-contrato de comunidad, en el cual no es la voluntad de las partes lo que prevalece sino el interés general. En una comunidad así organizada es inaceptable —jurídicamente— que un comunero pueda alegar la prescripción contra los condueños, pretendiendo haber usucapido la propiedad con exclusión de éstos, por faltarle los elementos característicos e indispensables de la posesión, tal como ésta ha sido instituída por la ley. Esa aspiración, inconciliable con la índole y naturaleza de la comunidad de que se trata, que necesariamente genera derechos y obligaciones entre los copartícipes por su condición de propietarios de una cuota en un fundo o en una universalidad, significaría una negación del título con que se entró a poseer, el cual no fue individual ni personal sino a nombre y en beneficio del conjunto de dueños.

El segundo aparte presenta hipótesis muy distinta. Para el comunero que ha invocado el título de tal, sólo para iniciar la explotación, la posesión material es lo esencial; su conducta es la de propietario singular, y aun cuando sepa que se trata de un predio que pertenece a varios y que la cuota de cada cual es aún indeterminada, este aspecto le tiene sin cuidado y es enteramente secundario en sus planes y actividades. Tal lo que ocurre en aquellas comunidades a las que se han vinculado derechos provenientes de sucesiones ilíquidas, de origen inmemorial, en las que no sólo hay incertidumbre con respecto al número de los comuneros sino al mismo origen de la comunidad. Son, pues, comunidades nominales; la multiplicidad numérica, por sí, no le da su verdadero carácter, puesto que los interesados se comportan como dueños individuales. Luego, si estos comuneros poseen en las condiciones legales, pueden prescribir contra la comunidad la propiedad del lote que ocupan.

La tercera situación —tan frecuente como la anterior— ofrece el claro ejemplo de posesión *pro suo,* con voluntad manifestada constantemente de negar toda participación que sea ex-

traña a las ambiciones personales del poseedor, tal como lo haría un tercero verdaderamente ajeno a la comunidad. Este es el caso al cual se ha referido la Corte en varios fallos, como anteriormente se dijo, en los que cabe la prescripción.

Ahora bien: los preceptos de la Ley 51 de 1943 son disposiciones interpretativas de las normas del Código Civil, a que la doctrina, por deducciones lógicas, dio determinado entendimiento, en el sentido de hacer imposible la prescripción entre cierta categoría de comuneros; nada de exótico o inconveniente hay, pues, en que el legislador de 1943 haya cambiado esa doctrina, puesto que estaba facultado para hacerlo, en razón de que la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero (artículo 25 del Código Civil). En tal caso no hay violación de derechos adquiridos, porque éstos no descansan en lo que haya establecido la jurisprudencia, por largo, constante e inveterado que sea o haya sido su reinado, sino en cuanto los proteja expresamente la ley.

En una palabra, el legislador tiene libertad para modificar por vía de interpretación auténtica de la ley la significación que los Tribunales le habían dado por vía de doctrina.

Efecto retroactivo.

El inciso 3º del artículo 1º de la Ley 51 de 1943 establece:

"La prescripción extraordinaria se verifica cuando el que posee como comunero *haya completado o complete* (se ha subrayado) "veinte (20) años de posesión y explotación económica, *antes o después*" (se ha subrayado) "de la vigencia de esta Ley".

¿Cómo debe entenderse esta disposición? Va la Corte a decirlo nuevamente, pues ya lo ha expresado la Sala de Casación Civil en sentencia de diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y nueve, publicada en *Gaceta Judicial*, número 1945, edición correspondiente al mes y año citados.

El artículo 1º de la Ley 50 de 1936 redujo a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias establecidas por el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, etc., sin modificar el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, puesto que ésta contiene un principio que es precisamente normativo de la nueva ley que modifique el término de prescripción, en relación con las ya comenzadas y todavía no consumadas al tiempo de entrar en vigencia la nueva ley.

Así, pues, el tránsito de la legislación antigua a la nueva en materia de prescripción, de conformidad con la norma ya citada (artículo 41, Ley 153 de 1887) se hará de esta manera: las prescripciones iniciadas ya continuarán contándose por la ley antigua, a no ser que el prescribiente prefiera la ley nueva, caso en el cual no se le puede computar el período de la posesión anterior. O en otros términos y más explicado: para que un prescribiente —antes de la Ley 51 de 1943— pudiera alegar el término de veinte años, en vez del de treinta que exigía el Código, tendría que empezar a contarlos desde 1936.

A quien llevara diez años cabales de posesión cuando entró en vigencia la Ley 50 de 1936, le era exactamente igual guiarse por el Código, ante el cual le faltaban veinte años, o por esta ley, puesto que para reducir la prescripción a esta cifra tendría que comenzar su cómputo con ellas prescindiendo del tiempo anterior. Pero al poseedor que al hallarse en observancia la Ley 50 llevara una posesión de más o de menos de diez años, no le daba lo mismo elegir aquélla o ésta, porque si llevaba menos, al optar por la nueva ley ganaba la diferencia, y si llevaba más, perdía el exceso.

Al poseedor que en 1936 tenía ya, por ejemplo, diez y ocho años de posesión, no le faltaban sino doce para completar los treinta; por consiguiente le convenía seguir con el Código porque al optar por la ley habría de comenzar con ella y completar veinte años a partir de 1936, con lo que perdería los ocho de diferencia entre veinte y doce. Y al que en 1936 no llevara sino cuatro años y a quien faltaran, por lo mismo, veintiséis para completar los treinta del Código, su conveniencia le indicaría preferir la ley dejando de lado ese tiempo anterior para abocarse a una prescripción de sólo veinte.

Según la Ley 51 de 1943 la reducción del término para usucapir en ella establecido, produce sus efectos inmediatamente, sin una limitación transaccional —por así decirlo— como la establecida por la citada Ley de 1887 para regular el cambio de sistema.

Claro es que, si se tratara meramente de oposición entre dos leyes, de allí no podría deducirse reparo alguno en un proceso sobre exequibilidad, en el cual la piedra de toque y obligado punto de referencia es la Constitución. Salta a la vista que, ante la potestad del legislador de dictar leyes, no cabe declarar inexequible una nueva, porque reforme o aun derogue o, en términos generales, discrepe de otra o la contradiga.

Pero, concretando la Sala la atención como es su deber en procesos de esta clase, a la Carta Fundamental y juzgando ante ella la ley acusada, encuentra que ésta quebranta el artículo 26 de la Constitución, ya transcrito aquí, porque sacrifica el derecho de los comuneros contra quienes el que ha poseído antes de la vigencia de la ley —por veinte años— puede oponerles usucapión; de suerte que el derecho de dominio de aquéllos,

que estaba amparado según el Código por un término de treinta años, queda sin protección de un momento a otro y sin advertencia defensiva o salvadora, por todo el tiempo que para los treinta años le faltara al poseedor material.

Hasta ahora los comuneros no poseedores —materialmente hablando— por negligencia o cualquiera otra causa, confiaban en que su situación estaba respaldada por los treinta años que el Código señalaba. De manera que en cuanto no hubiere transcurrido ese término, no tenían por qué temer la pérdida de su derecho. Y según la Ley 51, súbitamente vienen a saber que ese lapso es sólo de veinte y que, por tanto, aquello que en sus cálculos entraba como integrante de su patrimonio, había sufrido un fenómeno imprevisto que los cogía desprevenidamente.

Una advertencia oportuna que resguardara ese derecho, poniéndolos sobre aviso en forma de poderse precaver, tal, por ejemplo, como para el aludido cambio de regímenes estableció la Ley 153 de 1887 en su citado artículo 41, cuyo principal objeto y razón es sin duda crear esa tutela del derecho anterior, habría amparado a los comuneros que se habían abstenido de ejercitarlo con actos posesorios materiales, capacitándolos para que, puestos ya en guardia, cambiasen oportunamente su actitud de abandono y velasen por lo que creían pertenecerles.

La notificación que da la Ley 51 de estar consumada ya la situación nueva que ella misma produce, sin tiempo ni manera de volver ese comunero sobre sí, equivale al sacrificio de su derecho. Porque, se repite, si el que ha poseído por sólo veinte años con esto sólo ha adquirido ya lo que ha poseído, ello representa una pérdida para los restantes condueños, de quienes no puede decirse que no tuvieran hasta entonces sino acciones, como la de pedir la división, o que lo único que pierden es esta acción y no un derecho adquirido. No; lo que incuestionablemente pierden es el dominio de lo que otro ha prescrito, puesto que la usucapión del poseedor no cabría entenderla lógicamente como modo de adquirir sino en función de la pérdida que sufren aquellos de quienes era lo así adquirido. Ni la finca común, ni ninguna de sus partes, puede considerarse *res nullius*, sino que precisamente ha estado desde su origen o estaba en su origen en el dominio privado y conjunto de todos sus condueños; y en hablándose de usucapión de uno ineludiblemente se afirma correlativa pérdida para los otros, puesto que es saliendo del dominio de éstos como ha entrado al de aquél.

Entre los temas tratados y resueltos por la Ley 51 hay dos de la mayor importancia: la prescripción entre comuneros y la manera de computarse el término —de veinte años— fijado por la misma. Decidido por ella, de modo categórico y estrictamente constitucional, que entre comuneros se prescribe, la Corte debe reconocer la exequibilidad del nuevo estatuto. Y reglamentado el tránsito al nuevo plazo con perjuicio de derechos adquiridos, tiene que declararlo, consecuencialmente, inexequible en esta parte.

En la brusca vigencia de una nueva situación legal, en forma de dejar sin medio de defensa un derecho protegido hasta ahora por el Estado con el amplio lapso de treinta años que establecía y garantizaba el Código Civil, es en donde la Corte halla quebrantado el artículo 26 de la Constitución.

Una posesión material que comience y se ejerza ya vigente la Ley 51 de 1943, no ofrece dificultad alguna desde el punto de vista que se viene estudiando, o sea para reputarla indiscutiblemente regida por los veinte años, a efecto de que este plazo baste para constituir prescripción adquisitiva y, por ende, extintiva de acciones contrarias.

Pero una posesión material iniciada antes de la vigencia de la Ley 51, no puede jurídicamente convertirse en veinte años, en vez de treinta que es, como ya se ha visto, el fijado por el Código Civil, sino contándolos a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1936, porque, en fuerza de las reflexiones precedentes en relación con el artículo 26 de la Carta Fundamental, el beneficio de usucapir en cuatro lustros no puede extenderse al que los haya completado antes. Repítese que es por extenderlo a este caso por lo que la Corte encuentra inconstitucional el artículo 1º de la Ley 51, en esa parte de su tercer inciso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, y en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional, y oído el parecer del señor Procurador General de la Nación, *declara exequibles* los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943, salvo el inciso tercero del artículo primero, en cuanto dice: "Haya completado o complete veinte (20) años... antes... de la vigencia de esta Ley". Esta parte del artículo 1º se declara inexequible, pues con anterioridad a esta ley la prescripción adquisitiva entre comuneros ha de regirse por los preceptos del Código Civil.

Cópiese, notifíquese, publíquese y comuníquese al Ministerio de la Economía Nacional.

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

SALVAMENTO DE VOTO

DE LOS MAGISTRADOS SALAMANCA Y CEPEDA

Respetuosamente sintetizamos los puntos de vista que expresamos durante la discusión de esta sentencia, y que dejamos al margen de ella como salvamento de voto.

Tenemos la impresión de que gran parte de las consideraciones fundamentales del fallo está fuera de lugar y oportunidad.

Este asunto de la prescripción entre comuneros ha sido hasta hoy materia de interpretación doctrinal y de jurisprudencia, porque en la legislación no existia, con anterioridad a la Ley 51 de 1943, que la autoriza y establece expresamente, ninguna disposición que la permitiera o la prohibiera. Sólo existía a este respecto el artículo 1374 del Código Civil, que se limita a decir que se puede pedir siempre la división de la cosa común, universal o singular. A partir de la citada Ley ya no puede haber problema en torno de este punto, en que pudieran enfrentarse tesis contrarias. No encontramos justificada ni conveniente la clasificación de comunidades que se hace en la sentencia, porque no la juzgamos necesaria, para la recta aplicación de la ley, que es general. En ella no se hace más que autorizar y reglamentar el fenómeno prescriptivo entre comuneros, y para este efecto, como es obvio, no hay que tener en cuenta más que el hecho de la posesión, con las calidades que legalmente se requieren para dar base a la prescripción adquisitiva. Si un comunero posee bienes de la comunidad reconociendo el derecho de los otros, es claro que no puede prescribir contra sus copartícipes, por la sencilla razón de que la posesión indispensable para ganar el dominio por prescripción, debe ser exclusiva y con esta situación nada tiene que ver la Ley 51. Pero no hay duda —y éste es el hecho esencial y único que hay que considerar— que si un comunero posee sin reconocer el derecho de los otros, comportándose como único dueño, puede adquirir por prescripción, cualquiera que sea la clase de comunidad de que se trate. Desde el momento en que un comunero poseedor desconoce el derecho proindiviso de otro u otros o de todos los copartícipes de la cosa común, nace la oportunidad para éstos de defender su derecho, haciendo uso de la acción de participación, que es el medio legal adecuado para ese fin; pero como acontece con todas las acciones judiciales vinculadas a derechos reales, debe hacerlo antes de que se realice la prescripción adquisitiva a favor del poseedor exclusivo y excluyente, porque según el principio consignado en el artículo 2538 del Código Civil, toda acción por la cual se reclama un derecho, se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho. El derecho de todo comunero a pedir la división tiene, según los autores, cierto sentido de orden público por la circunstancia de que la voluntad particular influye muy escasamente sobre él, debido, sin duda, al poco favor de que goza la copropiedad indivisa ante la ley, por claras razones económicas. Esta acción de división (*comunis dividundo*), imprescriptible en el sentido de que dura mientras dura el dominio, se ha considerado, y así aparece denominada en los tratados de derecho, más bien como una facultad, la de no permanecer en la indivisión, o, lo que es lo mismo por activa, facultad para pedir la partición, con el objeto de dar realidad singular a su derecho de dominio indiviso, o de defenderlo cuando una posesión exclusiva de un copartícipe o de un tercero lo amenaza. Y aquí es donde tenemos una invencible dificultad para ver el derecho adquirido a que se refiere la Corte, porque no podemos configurarlo con la actitud negativa, u omisa, o negligente del que siendo dueño de una cuota de dominio indiviso, permanece indiferente ante el hecho de que la cosa común esté poseida exclusivamente por otro u otros de sus copartícipes, o por un tercero, que le niegan a él su condición de comunero. ¿Derecho adquirido a no ejercitar la facultad de no permanecer en la indivisión? Esto es un concepto negativo que no acertamos a armonizar con la noción esencialmente positiva de derecho adquirido, de adquisición que ha entrado a formar parte de nuestro patrimonio, según la definición más aceptada y sencilla. La facultad de pedir la división emana del derecho de dominio, pero no se puede confundir con el derecho mismo. Se refiere simplemente a su ejercicio, y de ahí por qué no sea fácil imputar a esta ley, que muchos reparos sobre su juridicidad merece pero ninguno sobre su constitucionalidad, el cargo de que vulnera alguno de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, que ampara el artículo 26 de la Constitución Nacional. De otro lado, la forma de computar los términos prescriptivos, a que minuciosamente alude la sentencia, como todo lo referente a los conflictos y problemas que se originen en el tránsito del derecho antiguo al derecho nuevo, son cuestiones que se vinculan a la aplicación de la ley en cada caso particular y que deberán resolverse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, pero en las cuales no vemos claramente motivos o razones de inconstitucionalidad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Artículos 173 y 252 del Código Judicial, acusados como inconstitucionales

De que el artículo 139 de la Constitución exprese que a los funcionarios del Ministerio Público corresponde defender los intereses de la Nación no se sigue que tales funcionarios no representen en la forma que lo dicen el artículo 138 de la misma Carta y las leyes respectivas a los Departamentos y Municipios. Con relación a éstos opera, pues, hasta hoy, la misma regla general del artículo 138 de la Carta, y es en este sentido como hay que entender y aplicar los artículos 173 y 252 del Código Judicial acusados: el Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados en juicio sino por los respectivos agentes del Ministerio Público, salvo los casos contemplados en dicho artículo 173, casos excepcionales en que pueden hacerse representar por medio de abogados, mediante la celebración del contrato respectivo.

En tales casos no puede decirse, propiamente, que estos abogados obren como agentes del Ministerio Público, sino, simplemente, como mandatarios a nombre de la Nación, el Departamento o el Municipio en esos casos determinados, pues la calidad de "funcionarios" de que trata el artículo 138 de la Constitución para que tuvieran la de agentes del Ministerio Público en esos casos, ni la tienen por razón de su encargo ni puede venirles sino de disposiciones de la ley, las cuales no son las de los artículos 173 y 252 del Código Judicial tanto por razón de la naturaleza de las funciones especiales que en esos casos excepcionales se les encomiendan contractualmente, como por lo que expresa el artículo 5º del Código Político y Municipal, que define quiénes son funcionarios o empleados públicos.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Carlos H. Pareja, ciudadano colombiano, en uso de la facultad que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional, ha pedido a la Corte Suprema de Justicia que se declaren inexequibles, como violatorios de los artículos 52 y 115, ordinal 14; 138, 139, 180, 182, 192 y 195 de la Carta Fundamental, los artículos 173 y 252 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), que respectivamente rezan así:

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

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

"Artículo 115..... 14. Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias."

"Artículo 138. El Ministerio Público será ejercido, bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás funcionarios que designe la ley.

"La Cámara de Representantes ejerce determinadas funciones fiscales.

"Artículo 139. Corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social."

"Artículo 180. Los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución."

"Artículo 182. Los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales ni municipales."

"Artículo 192. Son atribuciones del Gobernador:

"1ª Cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento las órdenes del Gobierno;

"2ª Dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos, y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración;

"3ª Llevar la voz del Departamento y representarlo en asuntos políticos y administrativos;

"4ª Auxiliar la justicia como lo determine la ley;

"5ª Ejercer el derecho de vigilancia y protección sobre las corporaciones oficiales y establecimientos públicos;

"6ª Sancionar en la forma legal las ordenanzas que expidan las Asambleas Departamentales;

"7ª Revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad judicial, para que ésta decida sobre su exequibilidad, y

"8ª Las demás atribuciones que por la ley le competan."

"Artículo 195. Corrsponde a los Concejos Municipales ordenar lo conveniente por medio de acuerdos o reglamentos interiores para la administración del Distrito; votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas expedidas por las Asambleas, las contribuciones y gastos locales; llevar el movimiento anual de la población; formar el censo civil cuando lo determine la ley; nombrar Jueces, Personeros y Tesoreros Municipales, y ejercer las demás funciones que les sean señaladas."

"Artículo 173 del Código Judicial.—El Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados por apoderados en los litigios en que sean parte sino en los casos en que por razón de distancia o incompatibilidad de funciones, importancia excepcional del negocio, u otro análogo, no puedan representar a dichas entidades los Agentes del Ministerio Público.

"En casos tales puede el Gobierno, el Gobernador o el Alcalde respectivo, celebrar contratos con abogados para que representen a la respectiva entidad."

"Artículo 252 del Código Judicial.—El Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados por apoderados sino en la forma y condiciones establecidas en el artículo 173."

Los cargos.

1º Con relación a los artículos 52 y 115, ordinal 14, de la Constitución, sostiene el demandante que los del Código Judicial precitados los violan, "porque condicionan las atribuciones del Organo Ejecutivo en una forma que la Constitución no autoriza", pues el artículo 115, ordinal 14, dice que el Presidente de la República puede celebrar contratos administrativos "para la prestación de servicios" sin otra condición que la de que esos contratos se ajusten "a las leyes fiscales", en tanto que las disposiciones del Código Judicial, acusadas, restringen la facultad presidencial al decir que el Estado no puede ser representado por apoderado sino en determinadas circunstancias ajenas a la voluntad fiscal;

2º Que, por el aspecto nacional, además, los artículos acusados violan los artículos 138 y 139 de la Constitución, porque el primero dice que el Ministerio Público puede ser ejercido, fuera del Procurador y Fiscales, "por los demás funcionarios que designe la ley", en tanto que el Código Judicial limita esa posibilidad;

3º Que por lo que hace a los Departamentos, las disposiciones acusadas violan el principio de la autonomía seccional consagrada en los artículos 180 y 182 de la Constitución, porque "si los Departamentos tienen independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las solas limitaciones que les impone la Constitución, no puede la ley establecer otras limitaciones para esa administración. Que "los Gobernadores pueden contratar y dictar las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración, sin limitación alguna, como lo expresa el artículo 192, regla 2ª, de la Constitución", el cual, alega el demandante, queda violado por las disposiciones que acusa;

4º Que "en cuanto a los Municipios, ellos gozan también de autonomía como los Departamentos, puesto que son partes de éstos, y así lo consagran las citadas disposiciones constitucionales". Que, además, el artículo 195 da a los Concejos (y no a los Alcaldes) "la atribución de ordenar lo conveniente para la administración del Distrito y ejercer las demás funciones que les sean señaladas", tales como las del artículo 145 del Código de Régimen Político y Municipal, que dice que "la administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo, y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal, pero el Concejo puede confiar a cualquiera persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado". De lo que deduce el demandante que los artículos del Código Judicial que acusa, "al establecer, para los Municipios, en cuanto a la manera y términos como pueden dirigir la Administración y defender los intereses, violan los citados principios de autonomía municipal".

Examen de los cargos.

Oído el concepto, desfavorable a las peticiones del demandante, del señor Procurador General de la Nación, pasa la Corte a decidir lo

que corresponde, mediante las siguientes consideraciones:

El artículo 138 de la Constitución dice: "El Ministerio Público será ejercido, bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás funcionarios que designe la ley.

"La Cámara de Representantes ejerce determinadas funciones."

La regla general es, pues, ésta, por mandato de la misma Constitución: el Ministerio Público, bajo la dirección suprema del Gobierno Nacional, se ejerce por el Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales y por los demás *"funcionarios"* que designe la ley.

De que el artículo 139 exprese que a los funcionarios del Ministerio Público corresponde defender los intereses de la Nación, no se sigue que tales funcionarios no representen, en la forma que lo dicen el expresado artículo 138 y las leyes respectivas, a los Departamentos y Municipios.

Con relación a éstos opera, pues, hasta hoy, la misma regla general del artículo 138 de la Carta, y es en este sentido como hay que entender y aplicar los artículos 173 y 252 del Código Judicial acusados: el Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados en juicio sino por los respectivos Agentes del Ministerio Público, salvo los casos contemplados en dicho artículo 173, casos excepcionales en que pueden hacerse representar por medio de abogados, mediante la celebración del contrato respectivo.

En tales casos no puede decirse, propiamente, que estos abogados obren como Agentes del Ministerio Público, sino, simplemente, como mandatarios a nombre de la Nación, el Departamento o el Municipio en esos casos determinados, pues la calidad de "funcionarios" de que trata el artículo 138 de la Constitución, para que tuvieran la de Agentes del Ministerio Público en esos casos, ni la tienen por razón de su encargo ni puede venirles sino de disposiciones de la ley, disposiciones que no son las de los artículos 173 y 252 del Código Judicial, tanto por razón de la naturaleza de las funciones especiales que en esos casos excepcionales se les encomiendan contractualmente, como por lo que expresa el artículo 5º del Código Político y Municipal, que define quiénes son *funcionarios* o *empleados* públicos.

De ahí que la Corte no encuentre aceptables las alegaciones del demandante para declarar que los artículos acusados del Código Judicial sean violatorios de los artículos 138, 139, 180, 182, 192 y 195 de la Constitución Nacional, en el caso concreto de los artículos 173 y 252 del citado Código.

Con respecto a los artículos 52 y 115, ordinal 14, referentes, respectivamente, a la limitación y separación de los "órganos" del Poder Público y a la facultad del Presidente para celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, tampoco encuentra la Corte la razón por la cual queden violados por los artículos acusados del Código Judicial. Con respecto al primero de esos artículos de la Carta —el 52— y a los citados del Código Judicial, no expresa el demandante, ni lo encuentra la Corte, por qué generen la alegada confusión de los Poderes Públicos; y en cuanto al numeral 14 del artículo 115, se observa no solamente que no suprime la facultad que tiene el Presidente para celebrar los ya mencionados contratos administrativos para la prestación de servicios o la ejecución de obras, sino que el hecho de que tales contratos deba celebrarlos el Presidente "con arreglo a las leyes fiscales", de ninguna manera quiere decir que sea ésta *la única* reglamentación a que el legislador pueda someter tales contratos, máxime si se trata de aquellos como los de la prestación de servicios de abogado para que obren a nombre del Estado, que son, como se dijo antes, la excepción dentro de una recta aplicación de las otras normas constitucionales que ya se dejaron citadas y comentadas (artículos 138 y 139).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, ejercitando la atribución que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, *resuelve:* no son inexequibles los artículos 173 y 252 del Código de Procedimiento Civil.

Publíquese, notifíquese, cópiese, dése aviso al Ministerio de Gobierno, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

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

Nueva demanda de inexequibilidad del inciso 3o. del artículo 1o. de la Ley 51 de 1943

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Germán León, ciudadano colombiano, ejercitando la acción popular a que se refieren los artículos 41 y 149 de la Constitución Nacional, y el 30 del Código Judicial, en demanda presentada el 22 de agosto del corriente año, pide a la Corte que declare inexequible, por inconstitucional, el inciso tercero (3º) del artículo primero (1º) de la Ley 51 de 1943, cuyo tenor es el siguiente:

"La prescripción extraordinaria se verifica cuando el que posee como comunero haya completado o complete veinte años (20) de posesión y explotación económica, antes o después de la vigencia de esta ley."

Como razones de derecho de su acusación, el demandante alega las siguientes:

"1ª Según el artículo 36 de la misma Constitución, tanto la propiedad privada como los demás derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, *están plenamente garantizados y no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.* (Me permito subrayar).

"Constitucionalmente está, pues, terminantemente prohibido que una disposición sustantiva en lo referente a los derechos de los asociados, tenga efecto retroactivo de un modo adverso a ellos.

"2ª Ahora bien: de conformidad con el artículo 2525 del Código Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873 y adoptado por el artículo primero de la Ley 57 de 1887, *si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras.* (Subrayo).

"De aquí el aforismo jurídico o axioma legal de que entre comuneros no hay prescripción. Y no puede haberla al tenor de los artículos 2323, 2324, 2327, 2328, 2329, 2107 en su inciso primero y 779 del Código citado; porque la comunidad es una especie de sociedad legal en que cada uno de los comuneros posee a nombre propio y de los otros comuneros. Todas estas disposiciones legales son congruentes entre sí y confieren a cada comunero sobre el objeto común los mismos derechos de los socios sobre el haber social.

"3ª Con arreglo al artículo 2532 en relación con el inciso primero del 2531 del mismo Código, el lapso de tiempo necesario para la prescripción extraordinaria es de treinta años, al cabo de los cuales se extingue el derecho de propiedad sobre los inmuebles de la República. Este lapso de tiempo fue también establecido por el artículo 41 de la Ley 153 de 1887.

"4ª A cada comunero le reconoce el artículo 145 de la Ley 40 de 1907, el derecho de pedir que la cosa común se divida o se venda para repartir su producto.

"5ª La Ley 51 de 1943 no ha reconocido *ninguna necesidad* en lo relativo a las comunidades de que ella trata; y al decir como se dice en ella en el inciso tercero de su artículo primero que la prescripción extraordinaria se verifica cuando el que posee como comunero *haya completado o complete veinte años de posesión y explotación económica antes o después de la vigencia de esta Ley* (subrayo) se desconocen o se vulneran todos y cada uno de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles de que hago mérito y se viola el precepto constitucional de la irretroactividad de las leyes en casos como el presente."

Corrido el traslado de rigor al señor Procurador General de la Nación, éste lo evacuó en escrito presentado el diez y ocho de septiembre último, y en ese escrito manifestó estarse a lo ya expuesto por él, por tratarse de un problema exacto, a lo que ya había expresado ante la Corte en la acusación de inexequibilidad propuesta por el señor Hernando Cruz Riascos contra los artículos 1º y 2º de la misma Ley 51 de 1943.

Por ser evidente lo que manifiesta el señor Procurador General de la Nación, con la diferencia de que el actual demandante circunscribe o limita su acusación solamente al inciso tercero de la precitada Ley, y por cuanto ya la Corte,

en fallo de fecha ocho del presente mes, después de un extenso y detenido estudio de la demanda del señor Cruz Riascos, la decidió, es el caso de estarse en lo pertinente a lo que en tal demanda consideró y resolvió esta Superioridad.

Por lo que se deja expresado, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, decide estar a lo ya resuelto por ella en la sentencia de fecha ocho del presente mes, arriba citada.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese al Ministerio de la Economía Nacional, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

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

Decretos ejecutivos números 950 y 1793 de 1931, de 30 de mayo y 8 de octubre, respectivamente, acusados como inconstitucionales

La Corte acoge el concepto del señor Procurador según el cual "lo concedido en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1930 a los empleados de la Policía Nacional es el derecho al sueldo igual al que disfruta un empleado de su categoría; por consiguiente, los Decretos acusados no son violatorios del artículo 31 de la Constitución". En tales decretos no se le desconoce a ningún Oficial, Agente o empleado de la Policía, que esté recluído en alguno de los leprocomios del país, el derecho a recibir su sueldo. Luego por este aspecto no resulta violado el artículo 10 del Acto legislativo número 1º de 1936, o sea el artículo 26 de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, noviembre diez de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Ignacio Mariño Ariza, como apoderado de Carlos Eduardo Soler, Viterbo Sánchez, Elisio Medina, Abel Carvajal, Juan de Jesús González, Bruno Osorio, Lorenzo López y Marco A. Díaz, demandó ante la Corte como inexequibles los Decretos ejecutivos números 950 y 1793 de 1931, de 30 de mayo y 8 de octubre respectivamente.

Funda la acusación en que tales Decretos son violatorios del artículo 31 de la Constitución Nacional, o sea el 10º del Acto legislativo número 1º de 1936, que corresponde al artículo 26 de la Codificación Constitucional.

Admitida la demanda y corrido el traslado del caso al señor Procurador General de la Nación, quien se opone a que se hagan las declaraciones impetradas, pasa la Corte a resolver el asunto.

Para el mejor entendimiento del problema planteado, se hace en seguida una relación de los antecedentes de los Decretos acusados.

La Ley 40 de 1922 estableció en su artículo 1º que los Jefes y Oficiales, clases e individuos de tropa que comprueben ante el Ministerio de Guerra haber contraído la enfermedad de la lepra durante su servicio en el Ejército, tendrán derecho, además del asilo en los leprocomios nacionales, al sueldo correspondiente a su empleo mientras permanezcan en los lazaretos.

La Ley 86 de 1923 adicionó la anterior, y dispuso que la regla establecida en el artículo 2º de la Ley 40 de 1922, se hace extensiva a todos los empleados que se hayan contagiado de la enfermedad de la lepra, estando al servicio del Gobierno Nacional, Departamental o Municipal, o en cualquiera de las oficinas públicas relacionadas con el ramo de Lazareto.

La Ley 4ª de 1930 aplicó de una manera expresa los principios o normas anteriores a los empleados de la Policía Nacional, y dispuso que de éstos los que comprueben ante el Ministerio de Gobierno haber contraído la enfermedad de la lepra al servicio de esta institución, tendrán derecho al sueldo correspondiente a su empleo mientras permanezcan en los lazaretos.

El 30 de mayo de 1931, el Presidente de la República y su Ministro de Gobierno dictaron el Decreto 950 de ese año, que en lo pertinente dice así:

"El Presidente de la República de Colombia considerando que varios ex-Agentes de la Policía Nacional a quienes se les ha reconocido sueldo conforme a las Leyes 40 de 1922, 86 de 1923 y 4ª de 1930, por haber contraído la enfermedad de lepra en servicio de dicha institución, han presentado reclamo para que el sueldo reconocido sea igual al que hoy disfrutan los empleados de su categoría, y no el que devengaban cuando fueron dados de baja por consecuencia de dicha enfermedad, y que no es equitativo ni justo reconocer menor sueldo a empleados de la misma categoría por el hecho de haber contraído la enfermedad en épocas en que los sueldos eran inferiores a los que hoy disfrutan los empleados de su misma jerarquía..... *decreta:* Artículo único. Desde la vigencia de este Decreto el Habilitado Pagador de la Policía Nacional liquidará los sueldos reconocidos a los ex-empleados leprosos y a los que en lo sucesivo se les reconozca conforme a la Ley 4ª de 1930, de acuerdo con las asignaciones que para empleados de la misma categoría rijan en los respectivos presupuestos."

Este Decreto fue adicionado por el 1793 de 1931, de 18 de octubre, que en lo pertinente es de este tenor: "1º Que la Ley 4ª de 1930 ordena pagar a los empleados y Agentes de la Policía Nacional enfermos de lepra, que han contraído la

enfermedad en el servicio de esa institución, mientras permanezcan recluídos en los lazaretos, el sueldo correspondiente a su empleo.... 2º Que en el Decreto 1748, de fecha 19 del mes en curso, que fija el personal y asignaciones de la Policía Nacional, no figuran los sueldos de los empleados leprosos que debe pagar el Tesoro Nacional, *decreta:* Artículo 1º Los sueldos de los ex-empleados de la Policía Nacional recluídos en los lazaretos, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1930, serán los siguientes: Un Comisario, $ 85. Diez y ocho Agentes, a $ 55 cada uno, $ 990. Suma $ 1.075."

El señor Procurador en su contestación a la demanda sienta el siguiente principio, que para la Corte es exacto: "Lo concedido en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1930, a los empleados de la Policía Nacional, es el derecho al sueldo igual al que disfruta un empleado de su categoría; por consiguiente, los Decretos acusados no son violatorios del artículo 31 de la Constitución."

En los Decretos materia de la acusación no se le desconoce a ningún Oficial, Agente o empleado de la Policía, que esté recluído en alguno de los leprocomios del país, el derecho a recibir su sueldo. Luego por este aspecto no resulta violado el artículo 10 del Acto legislativo número 1º de 1936, o sea el artículo 26 de la Constitución.

Los sueldos a que tienen derecho esos empleados enfermos, están relacionados respecto a su cuantía, a los que devenguen los empleados sanos de la misma categoría. Nació, pues, el derecho a esos sueldos, que antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1930, no existía para los empleados enfermos de lepra de la Policía, con esa modalidad o sea la de que esos sueldos pueden estar, como han estado, sujetos a alzas y bajas, según se aumente o disminuya el sueldo de los empleados sanos, de igual categoría, pertenecientes al Cuerpo de la Policía Nacional. Esto quiere decir que permaneciendo intocable el derecho al sueldo, varía la respectiva asignación, según varíen las asignaciones que en el Presupuesto se fijen para los empleados de dicho Cuerpo.

Y en esta forma el Gobierno ha interpretado las Leyes 40 de 1922, 86 de 1923 y 4ª de 1930, y por eso en el Decreto 950 acusado, en el cual se párte de la base de que no es justo ni equitativo reconocer menor sueldo a los empleados de la Policía que hayan contraído la enfermedad de la lepra, con respecto a los empleados sanos de igual categoría, se dispone que los sueldos de esos enfermos deben ser los mismos que los de los sanos, según el presupuesto. El Decreto 1793 también acusado, no tuvo otra finalidad sino la de incluír las partidas para el pago de los sueldos de los empleados de la Policía enfermos, iguales a los de los sanos.

Se ve por lo anterior, que no sólo no quedan en situación de inferioridad los empleados enfermos, sino que los sueldos que éstos devengan llevan el mismo ritmo, que ha sido ascendente, del de los empleados sanos. Por eso hoy los empleados enfermos devengan un sueldo mucho mayor que el fijado por el Decreto 1748 y mayor también que el que devengaban, cuando se presentó la demanda, los clientes del doctor Mariño Ariza.

Ahora, si en el transcurso del tiempo, lo cual es improbable, pudieran bajar los sueldos de los empleados sanos, bajarían igualmente los de los enfermos; pero esto no desconocería ningún derecho adquirido, porque del contexto de todas las normas citadas en el curso de esta sentencia, se ve claramente que la cuantía de los sueldos de los enfermos está condicionada a la cuantía del sueldo de los sanos de igual categoría, pues, se repite, con esa modalidad nacieron los sueldos de los empleados enfermos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 149 de la Constitución, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, *declara* que son exequibles los Decretos ejecutivos números 950 y 1793 de 1931.

Notifíquese, comuníquese al Ministerio de Gobierno, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Ricardo Hinestrosa Daza, Campo Elías Aguirre, José Miguel Arango, Miguel Arteaga, Francisco Bruno, Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Cepeda, José María Blanco Núñez, Víctor Cock, Liborio Escallón, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Por sustracción de materia se declara que no es el caso de decidir sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 8o. del Decreto legislativo número 1778 de 1944, acusado

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Jaime Hoyos Arango, ejercitando el derecho consagrado en el artículo 149 de la Constitución, acusó el artículo 8º del Decreto legislativo número 1778, de 28 de julio de 1944, a fin de que se le declare inexequible por inconstitucional, en atención a que viola derechos adquiridos con justo título, los que están garantizados por el artículo 26 de aquélla.

Ese artículo dice:

"Artículo 8º Mientras dure el estado de turbación del orden público, queda suspendida la ejecución de las sentencias de lanzamiento contra los trabajadores rurales, arrendatarios, colonos o aparceros. Los juicios en curso se suspenderán igualmente en el estado en que se hallen, y no podrán iniciarse juicios nuevos. Entretanto, queda también interrumpida la prescripción extintiva de las correspondientes acciones."

Admitida la demanda y ordenado el traslado de ley al señor Procurador General de la Nación, este funcionario conceptuó que efectivamente el artículo 8º del Decreto de 28 de julio, quebranta el artículo 26 de la Constitución.

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

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

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

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

Publíquese, cópiese y notifíquese. Comuníquese al señor Ministro de Gobierno.

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

Inciso primero del artículo 6o. del Decreto número 2645 de 1943, acusado como inconstitucional

Puesto que el Decreto número 2645 de 1943 es un Decreto-ley, bien podía desconocer lo establecido por la Ley 128 de 1936, pues, como lo ha dicho en muchas ocasiones la Corte Suprema, los decretos expedidos por el Ejecutivo en virtud de las facultades extraordinarias conferidas de acuerdo con el numeral 9º del artículo 69 de la Constitución Nacional, pueden modificar, suspender o derogar las leyes anteriores.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

El doctor Ricardo Silva R., como ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 149 de la Carta, ha demandado por inconstitucional el inciso primero del artículo 6º del Decreto número 2645 de 1943.

El acto acusado, que es, en realidad, solamente la primera parte del inciso primero del artículo citado, dice:

"Quedan derogadas todas las disposiciones que conceden pasajes y fletes libres, y hacen rebajas en ellos en los Ferrocarriles Nacionales."

El actor considera que el fragmento transcrito "violó el numeral 3º del artículo 115 de la Constitución Nacional por haberse excedido en la facultad reglamentaria que dicha disposición le confiere, como también el numeral 9º del artículo 69 de la Constitución Nacional por cuanto el Ejecutivo se extralimitó en el uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 7ª de 1943."

Los preceptos constitucionales que cree el demandante que fueron quebrantados con el Decreto que ataca, son del tenor siguiente:

"Artículo 115. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

. . . . . .

"3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de sus actos."

"Artículo 69. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

. . . . . .

"9º Revestir *pro tempore*, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen."

El señor Procurador de la Nación opina que el acto acusado no vulnera la Constitución.

Dos son los motivos de inconstitucionalidad alegados por el demandante:

"Primero. Porque hay una *manifiesta oposición* entre tal inciso que derogó implícitamente el numeral 3º del artículo 2º de la Ley 128 de 1936 por el cual se estableció una rebaja del quince por ciento (15%) en los fletes de los artículos del giro de las cooperativas que se transporten en las empresas nacionales, y el artículo 4º de la Ley 7ª de 1943 en desarrollo de la cual se dictó el Decreto-ley acusado, lo cual quiere decir que hay manifiesta oposición o indebida interpretación (sic) entre la disposición atacada como inconstitucional y el texto de facultades extraordinarias; pues no se explica que el Ejecutivo quebrante el espíritu de la ley de facultades, derogando disposiciones legales anteriores que interpretan a cabalidad el artículo 4º de la Ley 7ª de 1943;

"Segundo. Porque el inciso 1º del artículo 6º del Decreto número 2645 de 1943 se excedió en las *precisas facultades* conferidas por la Ley 7ª de 1943, derogando disposiciones por medio del Decreto-ley en referencia para lo cual no estaba expresamente facultado el Ejecutivo, haciendo uso de la potestad reglamentaria que la Constitución le confiere, dictando disposiciones, como la atacada que no atañen propiamente a la ley reglamentada, sino que contiene normas nuevas que amplían o restringen (sic) el alcance de la Ley 7ª de 1943 en sus artículos 4º y 19. Y si bien pudiera mirarse que por este aspecto el inciso atacado es ilegal es sólo en apariencia, porque en última instancia viene a atacar una norma constitucional, como la potestad reglamentaria, y por tanto, es inconstitucional."

Observa la Sala:

El Decreto 2645, de 30 de diciembre de 1943, "por el cual se dictan disposiciones sobre el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales", fue dictado con apoyo —especialmente— en la facultad conferida por el artículo 19 de la Ley 7ª del mismo año, que a la letra dice:

"Autorízase al Gobierno para reorganizar la Administración de los Ferrocarriles Nacionales y la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. Con este objeto, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1943."

Del texto del precepto que acaba de copiarse se desprende con claridad que el Congreso revistió al Presidente por un tiempo determinado, o sea desde que comenzó a regir la Ley 7ª del año próximo pasado hasta el 31 de diciembre del mismo año, de facultades extraordinarias para la reorganización de la Administración de los Ferrocarriles Nacionales y de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas.

Como el propio demandante lo dice en varios pasajes de su libelo, el Decreto 2645 de 1943 es un Decreto-ley expedido en uso de aquellas facultades extraordinarias; y de ahí que resulte impertinente el ataque que al mismo tiempo se hace al reputarlo como violatorio del numeral 3º del artículo 115 de la Constitución, que se refiere a los decretos reglamentarios.

Parece que la demanda presenta la derogatoria que hace el Decreto de las disposiciones que concedían rebajas en los pasajes y fletes en los ferrocarriles, o que los concedía gratuitamente, como opuesta a otro artículo de la misma Ley 7ª, o sea aquel en que se facultó al Gobierno para fundar o subvencionar cooperativas de producción, distribución o consumo de productos alimenticios, autorizándolo para realizar las operaciones de crédito que fuesen necesarias.

No desarrolla con claridad su pensamiento el autor del libelo, pero seguramente lo que quiso decir fue que si el artículo 4º de la Ley 7ª del año pasado confirió al Gobierno la facultad de fundar o subvencionar cooperativas de producción, distribución o consumo de productos alimenticios, el Organo Ejecutivo, por haber obtenido esa autorización, estaba imposibilitado constitucionalmente para terminar con los pasajes y fletes gratuitos o rebajados, en los Ferrocarriles Nacionales.

Semejante argumento, de ser valedero, implicaría tan sólo que el legislador profirió dentro de una misma ley dos preceptos que no armonizan entre sí; pero ello, en primer lugar, no tiene fundamento porque no se opone la autorización del artículo 4º con la facultad del artículo 19; y de otro lado, nada tiene que ver esa presunta desarmonía con la invocada inexequibilidad del Decreto.

En otros términos: al obtener el Ejecutivo la facultad referente a las cooperativas, recibió también la autorización en lo que mira a la Administración de los Ferrocarriles; y si para el buen funcionamiento de éstos consideró necesario acabar con las rebajas de los fletes y pasajes o la gratuidad de los mismos, su facultad de fundar y subvencionar cooperativas no se ha menguado en ningún sentido.

En lo que sí aparece muy claro el demandante es en su apreciación de que el acto que acusa es contrario al numeral 3º del artículo 2º de la Ley 128 de 1936, que concedía rebaja en los fletes de las mercaderías del giro de las cooperativas. Pero puesto que el Decreto 2645 es un Decreto-ley, bien podía desconocer lo establecido por la Ley 128 de 1936, pues, como lo ha dicho en muchas ocasiones la Corte Suprema, los decretos expedidos por el Ejecutivo en virtud de las facultades extraordinarias conferidas de acuerdo con el numeral 9º del artículo 69 de la Constitución Nacional, pueden modificar, suspender o derogar las leyes anteriores.

El demandante no ha acusado por inexequible el artículo 19 de la Ley 7ª de 1943 para que la Corte pudiera emprender un estudio en relación con el ordinal 9º del artículo 69 de la Constitución, y sacar la consecuencia de si el legislador confirió al Gobierno las autorizaciones ciñéndose a la restricción de que éstas deben ser precisas.

El reparo que sí le corresponde analizar a esta Sala es el que superficialmente le hace la demanda al artículo 6º del Decreto atacado, por cuanto el Gobierno se excedió en el uso de las facultades conferidas por el artículo 19 de la Ley 7ª del año pasado.

La autorización conferida al Ejecutivo por el citado artículo 19 estaba circunscrita al ramo de los transportes y comprendía la facultad de reorganizar la Administración de los Ferrocarriles Nacionales como también la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas.

Claro está que quien puede reorganizar lo relativo a los transportes en el país, y particularmente lo atañedero a las tarifas, tiene la potestad de prohibir la existencia de fletes o de pasajes que no produzcan ninguna utilidad al Fisco ni a las empresas encargadas de esos servicios públicos.

No se comprende cuál puede ser el fundamento del cargo consistente en aseverar que el Gobierno al suprimir los pasajes y fletes gratuitos y derogar las disposiciones sobre rebajas de esos pasajes y fletes, rebasó la facultad extraordinaria de reorganizar la Administración de los Ferrocarriles Nacionales y la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, pues si él no hizo sino

modificar una situación existente, ello es apenas consecuencia del acto de reorganizar.

Con razón dice el señor Procurador, a este propósito:

"Reorganizar es volver a organizar. Es organizar nuevamente. Es decir, deshacer la organización anterior y reemplazarla por otra más conveniente. Por tanto, es obvio que al "reorganizar la Administración de los Ferrocarriles Nacionales", el Gobierno podía suprimir aquellas disposiciones que, según su criterio, fueran perjudiciales dentro de la nueva organización dada a los ferrocarriles. La reorganización no podía verificarse sino cambiando el estado de cosas existente y creando un sistema orgánico distinto. Ello fue lo que hizo, mediante el decreto en referencia, el Gobierno, estando, por tanto, autorizado ampliamente para hacerlo."

No tiene, por lo expuesto, fundamento la objeción al texto demandado que, como se ha visto, no pugna con el numeral 3º del artículo 115 ni con el numeral 9º del artículo 69 de la Constitución, ni con ningún otro precepto de la Carta.

En fuerza de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, en uso de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, declara que es exequible la parte acusada del artículo 6º del Decreto número 2645 de 1943, que dice: "Quedan derogadas todas las disposiciones que conceden pasajes y fletes libres y hacen rebajas en ellos en los Ferrocarriles Nacionales".

Comuníquese esta decisión a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas. Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

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

SALA DE CASACION CIVIL

Acción petitoria de cumplimiento de un contrato y de pago de perjuicios.—Grafología

1. Debido a la circunstancia de que la grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, la ley procesal no les otorga a los dictámenes de esa naturaleza el valor de plena prueba, sino el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hayan valido los peritos para rendirlo.

2. El artículo 630 del Código Judicial es de obligatorio cumplimiento cuando se aspira a que un instrumento notarial deba ser recibido y apreciado como prueba suficiente, en aquellos casos en que la ley exige esta clase de solemnidad externa para determinado número de actos o contratos de la vida civil.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

Todo el debate planteado en este juicio ha girado en torno de *dos cartas* que el demandado Joaquín Molina dirigió con fecha treinta (30) de septiembre del año de 1937, de la población de Purificación a la ciudad de Bogotá, a los demandantes Jorge H. Navarro y Pedro A. Casis, en virtud de las cuales, *oquél autoriza a éstos plenamente, en forma no revocable, durante el plazo de seis meses a contar de la fecha de las cartas, para que procuren obtener de una Compañía* que se ocupe en negocios de petróleos, *que haga el estudio geológico* de las fincas de propiedad del demandado Molina llamadas "El Tigre" y "San Agustín", de cabidas aproximadamente de 1.000 y 480 hectáreas respectivamente, *y en caso de que dicha Compañía se interesare por celebrar negocio sobre el subsuelo de las fincas, los demandantes Navarro y Casis quedaban plenamente autorizados* para adelantar el negocio en las siguientes condiciones:

a) Arrendamiento a razón de un peso ($ 1.00) anual por hectárea;

b) El plazo del arrendamiento no debía ser menor de tres años, pagaderos anticipadamente;

c) La regalía o participación en el petróleo que se explotara, debía ser del 4% *en caso* de que resultara la finca.

También expresan las cartas en referencia las siguientes estipulaciones:

"Por la intervención de ustedes *yo les pagaré* una comisión del 15% sobre el producto bruto de la negociación que yo reciba durante todo el plazo del contrato que se celebre y todo excedente que obtenga sobre las cifras arriba establecidas *será para ustedes*, pudiendo descontar su participación u honorarios de las sumas que a mí hayan de corresponderme."

"Me obligo para con ustedes a no adelantar gestión alguna, con persona o entidad alguna, distinta de ustedes, sobre negociación de petróleos o de cualquier otra naturaleza relacionada con mi finca llamada....."

El doctor Casis, de acuerdo con el señor Navarro, negoció con la Compañía de Petróleos "Shell" el arrendamiento del subsuelo de las fincas de Molina, en condiciones superiores a las fijadas por éste, pues el arrendamiento anual iba a ser de un peso con ochenta y siete centavos por hectárea ($ 1.87), siendo pagaderos anticipadamente los primeros cinco años, y la regalía para el propietario iba a ser del 5% desde la época de la explotación en cantidad comercial. Inmediatamente Navarro avisó a Molina el compromiso en esas condiciones favorables y lo citó para que viniera a esta ciudad a firmar la escritura, antes del 7 de noviembre de 1937. Molina

vino a esta ciudad en virtud de ese llamamiento, pero como aquí recibiera propuesta de la "Richmond Petroleum of Colombia" para una negociación semejante sobre sus mismas tierras, con la cual no tendría que dar comisión o excedencias a quienes no hubieran intervenido en ella, propuso a los señores Casís y Navarro que redujeran la comisión y participaciones que les había ofrecido; y no habiendo logrado que éstos accedieran, resolvió ausentarse de la ciudad, para ir a firmar en Girardot la escritura del contrato de arrendamiento del subsuelo petrolífero de sus fincas a la Compañía Petrolera Richmond, lo que hizo el 11 de noviembre de 1937, por escritura número 716.

El proceso.

Jorge H. Navarro y Pedro A. Casís promovieron juicio ordinario contra Joaquín Molina para que, con fundamento en las cartas mencionadas cuyas estipulaciones pretenden que fueron violadas por el demandado, se hicieran numerosas declaraciones sobre reconocimiento del mandato civil conferido a los actores, incumplimiento de éste por el demandado, y que se condenara a este último a cumplir las estipulaciones contenidas en dicho contrato. Como declaración subsidiaria se suplicó que se condenara a Molina a pagar los perjuicios materiales y morales que les estaba causando con la violación de esos contratos.

El Juez del conocimiento, que lo fue el 1º del Circuito de Purificación, falló la primera instancia el 3 de abril de 1941 y fundándose en que estaba acreditada no sólo la autenticidad de los documentos tachados de falsos por el demandado, sino también la celebración entre los demandantes Navarro y Casís, y la Compañía de petróleo "Shell" del contrato a que se refiere la carta del Gerente de fecha 29 de enero de 1938; igualmente establecido el incumplimiento de Molina por haber contratado con la "Richmond Petroleum Company of Colombia", según consta en escritura número 716 de 1937, de la Notaría de Girardot, condenó al demandado Molina a pagar a los actores, por vía de perjuicios, la cantidad de $ 7.323.62, y las costas del juicio.

La sentencia acusada.

Apelado el fallo anterior por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué falló el segundo grado en sentencia definitiva de 3 de diciembre de 1942, en la cual decidió confirmar la sentencia apelada, pero reformándola en dos sentidos:

a) Que se absuelve al demandado Molina de los demás cargos impetrados contra él en el libelo de demanda; y

b) Que el pago de la cantidad de $ 7.323.62 deberá hacerlo el demandado Molina en la proporción que corresponda a los derechos en este juicio de los demandantes Jorge H. Navarro y Pedro A. Casís y del cesionario de éstos, doctor Alcides Castellanos."

Acoge el Tribunal en su fallo los razonamientos y la conclusión de fondo de la decisión de primera instancia, por considerarlos fundados. Como el demandado tachó de falsas las dos cartas dirigidas a los actores y que contienen la autorización para celebrar la negociación de petróleo, acepta el Tribunal la autenticidad de tales misivas con vista de los dos exámenes periciales grafológicos celebrados en ambas instancias, a los que concede el valor de indicio grave o vehemente, al tenor del artículo 656 del Código Judicial. Agrega el fallador de segunda instancia que a tal indicio grave o vehemente, que resulta del cotejo de firmas, deben agregarse todos aquéllos que existen debidamente demostrados en el proceso y que concurren con el del cotejo a dar la plena prueba de la autenticidad de las cartas donde constan los contratos de mandato cuya existencia es la materia principalmente debatida en este pleito.

Para el Tribunal aparece igualmente manifiesto que el demandado Molina violó sus compromisos al negarse a aceptar y a celebrar el contrato sobre exploración y explotación del subsuelo de sus fincas celebrado por los actores con la Compañía Shell, negociación que quedó definida y cerrada según consta en la carta reconocida judicialmente por el Gerente de dicha empresa, mediante la cual éste expresó el 29 de enero de 1938 ser cierto que entre dicha Compañía y Casís quedó pactada y cerrada la negociación de arrendamiento del subsuelo en las condiciones indicadas en dicha carta, que resultaron en un todo más liberales y favorables que las exigidas por el demandado Molina. Igualmente se evidencia para el Tribunal el incumplimiento del demandado con la declaración en posiciones del mismo Gerente de la Shell, en que expresa que para pactar con Casís se enteró de la autorización que le había dado Molina, lo mismo que de los telegramas que el demandante Navarro le dirigió a Molina y que figuran en autos, relacionados con la mencionada negociación de terrenos petrolíferos.

También para el Tribunal se desprende que Molina infringió las obligaciones que contrajo para con los demandantes, del solo hecho probado en el proceso con los respectivos certificados del Notario de Girardot y del Registrador de Purificación, de haber gestionado y contratado Molina directamente con la Compañía petrolera Richmond por escritura 716 de 1937 —estando vigente el contrato que celebró con los actores—, el arrendamiento del subsuelo petrolífero de los terrenos "El Tigre" y "San Agustín". Demostrado por otra parte que los actores Navarro y

Casis cumplieron, por su lado, con las obligaciones que contrajeron, para el Tribunal no queda duda que los demandantes tienen derecho a indemnización de perjuicios, los que no serán otros que los compensatorios derivados de la infracción del contrato, al tenor del artículo 1613 del Código Civil, que comprende el daño emergente y el lucro cesante. Como los perjuicios antes expresados fueron avaluados por los peritos de común acuerdo en la cantidad antes expresada en las dos sentencias, a tal suma debe hacerse la condenación por ese concepto.

El recurso.

Interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada e invoca como causal para pedir la infirmación del fallo del Tribunal la primera de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, por ser a su juicio la sentencia violatoria de ley sustantiva, ya por infracción directa, ora a consecuencia de errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas que obran en el proceso, que aparecen de manifiesto en los autos.

Se procede a estudiar los cargos formulados, en el debido orden lógico, los que resumidos pueden enunciarse así:

Primero. Dos conceptos igualmente erróneos y de innegable incidencia en la resolución del fallo contiene éste: a) Que el indicio que surge de las diligencias de cotejo practicadas, es grave y vehemente; y b) Que tienen la calidad de indicios necesarios los que, según el Tribunal, surgen de los demás elementos probatorios allegados al juicio y que enumera la sentencia.

Señala como disposiciones violadas por el Tribunal el artículo 1768 del Código Civil, porque le reconoció el carácter de indicio grave o vehemente a la prueba de cotejo, sin que reúna las condiciones que requiere ese precepto legal; el artículo 594 del Código Judicial, porque desconoció que la prueba incompleta no establece, por sí sola, la verdad del hecho que se investiga; el artículo 601 de la misma obra, porque ni dicha prueba ni los demás indicios estimados por el Tribunal fueron apreciados en su estimación legal; el artículo 656 ibídem, porque se calificó la prueba del cotejo de indicio grave o vehemente, en vez de prueba incompleta; y el artículo 663 del mismo Código Judicial, porque se estimaron como indicios necesarios hechos que no tienen ese carácter.

Se considera por esta Sala:

A) El artículo 656 del Código Judicial estatuye que la prueba resultante del cotejo de letras es incompleta, pero que constituye un indicio más o menos vehemente, según los fundamentos y el valor del dictamen, la reputación de las personas cuya letra o firma ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes.

El razonamiento que sirve de fundamento al Tribunal y que le merece reparos al recurrente, dice: "El Tribunal considera el indicio que surge de las diligencias de cotejo de firmas del demandante como grave y vehemente en este juicio, atendidas las siguientes consideraciones": ....Y a renglón seguido sintetiza dichas consideraciones, que hace consistir en que en los dos exámenes grafológicos intervinieron seis peritos expertos en esa actividad y todos llegaron a una misma conclusión de ser Molina el autor de las firmas; haberse valido tales peritos de los medios científicos que aconseja la técnica moderna para esa clase de dictámenes, tales como el del calco; ser Molina persona conocida en Purificación y celebrarse en esa región, para entonces, por diversas personas, negociaciones petrolíferas de esa misma índole, y tener las obligaciones surgidas de tales cartas especial importancia.

Debido a la circunstancia de que la Grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, es por lo que la ley procedimental no les otorga el valor de plena prueba a los dictámenes de esa naturaleza, sino que les asigna el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hubieren valido para rendirlos y las demás circunstancias anotadas por el Tribunal. Y como precisamente los dos dictámenes reunían tales requisitos y existían, a la vez, los factores antes enumerados y a que se refiere el artículo 656 del Código Judicial, fue por lo que el sentenciador de Ibagué les otorgó ese valor probatorio. Pero para aceptar la conclusión de que estaba demostrada la autenticidad de tales cartas y de las firmas de Molina no adujo como único elemento demostrativo los dos dictámenes grafológicos, sino que hizo un detenido examen de los otros indicios que estaban evidenciados en los autos y que concurrían, con el del cotejo, a suministrar la prueba plena y evidente de dicha autenticidad.

B) Es verdad que el Tribunal, por un simple error en su exposición, ya que no en el fondo de su estimación de las pruebas, calificó *per accidens* a los demás indicios como *necesarios;* pero, se repite, luégo hizo un estudio minucioso de los numerosos elementos de convicción en que se fundan tales hechos indiciarios y de su concomitancia, para concluir que las dos cartas eran auténticas y no habían sufrido adulteración alguna. De manera tal que no fueron valorados tales indicios, en realidad de verdad, como *necesarios,* sino que se les reconoció únicamente su mérito de simples inducciones, que unidas todas y debidamente conectadas entre sí y con los dos cotejos, constituían prueba suficiente de la

autenticidad de las cartas. Por lo que el calificativo de *necesarios* no tuvo incidencia alguna en la decisión del fallo acusado.

C) Carece de fundamento el reparo de que el Tribunal les reconoció a tales indicios un mérito probatorio que no corresponde a su estimación legal. Hizo el fallador de segundo grado un estudio pormenorizado de toda la prueba indiciaria, apreciándolos uno a uno, para concluir que, al tenor del artículo 665 del Código Judicial, forman plena prueba porque son en número plural, graves, conexos entre sí, de modo que concurren todos ellos a demostrar la verdad del hecho controvertido. Y en esta justipreciación no halla la Corte que el Tribunal haya cometido error manifiesto de hecho, ni menos error de derecho, que sirvan de fundamento al cargo formulado y a través de los cuales se hubiera violado el precepto legal antes citado.

Son infundados los reparos estudiados y debe rechazarse el cargo.

Segundo. El Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho manifiestos en la apreciación de las pruebas al sostener que éstas acreditan tanto el cumplimiento de sus obligaciones por parte de Casís y de Navarro como el hecho de haberse cerrado y pactado entre aquéllos y la Compañía de petróleos "Shell" la negociación de arrendamiento del subsuelo de las fincas "El Tigre" y "San Agustín". Estima violados directamente los artículos 1757 del Código Civil, sobre cumplimiento de sus obligaciones por parte de los demandados; el 1609 del mismo Código, porque no estando comprobado que los actores cumplieron sus obligaciones no puede concluírse que Molina dejó de cumplir las suyas; el 1615 ibídem, porque condenó al pago de perjuicios sin constituir en mora al deudor; y los artículos 1613 y 1614 de la Codificación antes citada, porque el Tribunal condenó a perjuicios, comprendidos el daño emergente y el lucro cesante, sin haberse causado daño alguno a los actores.

Se considera:

No existen los errores de apreciación de los documentos a que se refiere el recurrente. El señor Burns, Gerente de la Compañía "Shell", en su carta de 29 de enero de 1938 dirigida a Casís expresa que era cierto que entre éste y la empresa que representaba había quedado cerrada la negociación de arrendamiento de las fincas de Molina y parecidas manifestaciones hizo en sus declaraciones juradas. El hecho de que también agregara Burns que tales operaciones las adelantó el Jefe del Departamento Legal de dicha entidad en nada les resta mérito a esos documentos, porque bien sabido es que negociaciones de tal índole siempre se estudian, discuten y planean por el conducto regular del organismo técnico creado en cada empresa para tales fines; pero la responsabilidad de la operación y las obligaciones contraídas pesan siempre sobre la persona jurídica. Además la negociación fue aprobada por el Gerente, que es el representante legal y el gestor reconocido de la entidad contratante, como bien lo testifica dicho alto funcionario.

La calidad de Gerente que ostenta el señor Burns y la existencia legal de la Compañía "Shell" se evidenciaron con los certificados expedidos por el Ministerio de la Economía Nacional y la Cámara de Comercio de Bogotá, y tales elementos probatorios son los que la ley señala para demostrar la personería de quien deba representar sociedades de esta naturaleza, autorizado para comprometer su responsabilidad civil.

Ahora bien: la condenación al pago de perjuicios no la deduce el Tribunal del mero hecho aislado de que los actores hayan cumplido a cabalidad sus obligaciones contractuales, sino de la circunstancia plenamente demostrada de que el demandado Molina violó el contrato celebrado con Casís y Navarro, cuando procedió por sí solo a negociar directamente con la "Richmond Petroleum Company", dentro de los seis meses siguientes a la fecha de las cartas y término señalado para que rigiera el pacto, el arrendamiento de sus tierras, siendo así que al tenor de las cartas mencionadas se había obligado con Casís y Navarro a no adelantar gestión alguna, con persona o entidad distinta de ellos, sobre exploración y subsiguiente explotación de petróleos en el subsuelo de "El Tigre" y "San Agustín".

Para que prosperara la acción de perjuicios compensatorios, en su doble aspecto de daño emergente y de lucro cesante, era suficiente la demostración de que Molina había violado sus compromisos, porque según los términos del convenio Molina contrajo una obligación de no hacer, que debía subsistir por seis meses; y siendo esto así, toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho (artículo 1612 del Código Civil). Por esa misma razón no era necesario que se constituyera previamente al deudor en mora (artículo 1615 del Código Civil) y la indemnización debía comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante (artículo 1614 del Código Civil). En forma tal que desde el momento de la contravención, el 11 de noviembre de 1937, Molina debía la indemnización de perjuicios a los actores, ya que al tenor del artículo 1615 del Código antes citado se debe la indemnización de perjuicios si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

La existencia de los perjuicios materiales se ha evidenciado plenamente con los dictámenes periciales practicados en ambas instancias y pa-

ra avaluarlos tuvieron en cuenta los peritos, tanto las cláusulas del pacto contenidas en las dos cartas de 30 de septiembre de 1937, en las que se fijaron a Casís y Navarro las cuotas o participaciones que les corresponderían en el arrendamiento y explotación del subsuelo petrolífero de dichas tierras, como la circunstancia de que dichos señores adelantaron y ultimaron con la "Shell" la negociación tendiente a obtener este resultado, operación que no pudo realizarse por la exclusiva razón de que Molina se negó a firmar el contrato y a su vez celebró otro por separado con la Richmond. Se limitaron los peritos a hacer las operaciones aritméticas tendientes a establecer y concretar en guarismos el valor o cuantía que correspondía a los intermediarios en esa negociación, de haberse celebrado, y a esa suma elevaron el monto de la indemnización por perjuicios materiales. En cuanto a los perjuicios morales, igualmente demandados, el Tribunal los negó por estimar que no se trataba de daños derivados de delitos o culpas, sino de perjuicios compensatorios nacidos de la infracción de contratos referentes a servicios inmateriales, en cuyo caso tal condena sería inconducente.

Estudiados como vienen todos los reparos presentados, debe desestimarse por infundado el cargo en referencia.

Tercero. Incurrió el Tribunal en error evidente de hecho y en error de derecho al estimar probado por una parte el incumplimiento de sus obligaciones por Molina y por otra la existencia del contrato con la Compañía "Richmond", con los certificados del Notario de Girardot y del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Purificación. Tratándose de establecer un hecho que está consignado en escritura pública (el contrato con la Richmond), es con la copia notarial de ésta, debidamente registrada, como ha debido acreditarse ese hecho y no con los certificados exhibidos en el proceso. Se han infringido directamente los artículos 630 y 632 del Código Judicial.

Considera igualmente violados los artículos 1530 y 1542 del Código Civil, porque desconoció el carácter de condicionales que tienen las obligaciones de Molina, y, sin haberse cumplido la condición, el Tribunal declaró exigible la obligación del demandado; los artículos 1605, 1610 y 1617 del mismo Código, porque condenó al pago de perjuicios sin prueba alguna de su existencia; el artículo 1612 ibídem, por parecida circuntancia; los textos 1613 y 1614 ibídem, por condenar al daño emergente y lucro cesante, sin demostración de que lo hayan sufrido los actores, y 1757 del Código Civil y 593 del Código Judicial, porque no probaron los hechos de donde pretenden derivar el derecho invocado.

Se considera:

A) El artículo 630 del Código Judicial estatuye que para ser estimada como prueba una escritura pública debe presentarse en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida. Tal precepto legal es de obligatorio cumplimiento cuando se aspira a que un instrumento notarial deba ser recibido y apreciado como prueba suficiente, en aquellos casos en que la ley exige esta clase de solemnidad externa para determinado número de actos o contratos de la vida civil. Pero en el caso de autos no se trata de que esté *sub judice* una controversia directa sobre la existencia y validez, naturaleza y extensión del contrato celebrado entre Molina y la Richmond, considerado este contrato en sí mismo y en cada una de sus cláusulas y obligaciones, sino simplemente de comprobar que tal contrato se celebró y que al proceder por sí solo, de esa manera, el demandado Molina quebrantó las obligaciones contraídas anteriormente con Navarro y Casís e hizo fracasar la negociación ya cerrada con la "Shell" por los actores.

Para esa finalidad, que no mira hacia un litigio directo respecto del contenido y obligaciones nacidas de tal convención, son suficientes los dos certificados del Notario de Girardot y del Registrador de Purificación, los cuales dan fe suficiente de que efectivamente se corrió la escritura número 716, entre Molina y el apoderado general de la Richmond, señor Clay T. Yerby el 11 de noviembre de 1937; que versó el contrato sobre exploración y explotación de hidrocarburos en el subsuelo de los terrenos de "El Tigre" y "San Agustín"; que la Compañía pagaría al propietario la cantidad de $ 1.75 por hectárea, por anualidades anticipadas y durante quince años; que le reconocería una regalía del seis por ciento (6%) de los productos que se extrajeran. Bien hizo el Tribunal al estimar con esos dos documentos públicos suficientemente demostrada la existencia de esa negociación sobre petróleos, respecto de los mismos terrenos y con una finalidad idéntica a la que sirvió de causa para las autorizaciones otorgadas a los actores.

B) Carece de todo fundamento jurídico la tesis del recurrente de que Molina contrajo con los actores obligaciones condicionales, ya que éstas nacieron desde el momento mismo de la celebración del pacto, sin quedar en su existencia y desarrollo sujetas a modalidad o condición alguna. Lo ocurrido ha sido en realidad otro fenómeno muy distinto del que pretende el demandado y fue que en el orden de cumplimiento, siendo Casís y Navarro comisionados de Molina para celebrar una negociación, debían ellos cumplir primero sus obligaciones y dejar definida y cerrada la operación de arrendamiento con una

empresa de petróleos, para entonces proceder luégo Molina a aprobar y celebrar directamente el contrato, siempre que estuviera ajustado a sus instrucciones. Se trataba de obligaciones sucesivas por su propia índole, en cuanto al término de su cumplimiento, pero nunca de obligaciones condicionales, cuyo nacimiento y existencia dependiera de un hecho previamente estipulado. Desde otros puntos de vista hay efectivamente una condición, cual es la de que los comisionados encontraron una entidad que se interesara en petróleo y se prestara a contratar sobre las referidas exploraciones y explotaciones. Pero no es eso de lo que aquí se trata ni a ello mira la controversia, la que versa sobre la infracción del contrato celebrado por Molina con Casis y Navarro y cumplido por éstos.

C) Molina dejó de celebrar el contrato adelantado por sus actuales demandantes con la compañía petrolera, y con eso, faltó a la obligación que con ellos había asegurado sobre la base de que Molina celebraría la negociación adelantada por ellos dentro de los términos fijados en las cartas de aquél. Se justifica, pues, la demanda de perjuicios. Estos deben ser los compensatorios y así lo dice la sentencia. La cuantía se fijó por avalúo pericial, habida consideración a las cláusulas del pacto violado y a los beneficios que en virtud de éste debían percibir los comisionados por su gestión para celebrarlo. Con vista de tales factores se hizo la condena y se determinó el *quantum*.

No son fundados los cargos y se rechazan.

Cuarto. Alega el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto porque aceptó como verdadera la existencia de una promesa de contrato celebrada entre los actores y la Compañía "Shell", y también en error de derecho, porque le dio el valor de promesa a un convenio que carece de las formalidades legales. Estima violados directamente los artículos 89 y 91 de la Ley 153 de 1887.

Se considera:

Por virtud de las cartas de 30 de septiembre de 1937, Casis y Navarro no estaban facultados para perfeccionar y suscribir un contrato sobre exploración y explotación del subsuelo de las tierras de Molina, sino únicamente para acordar y dejar establecidas con una empresa petrolífera todas las condiciones y bases de dicha negociación, comprometiéndose el propietario, por el término de seis meses, a no adelantar gestión similar por su cuenta con otra entidad. Convenidas las condiciones, bases y demás estipulaciones de la operación, debía Molina trasladarse a Bogotá para celebrar directamente el contrato, con todas las formalidades legales.

Con vista de tales antecedentes, ni el Gerente de la "Shell", ni Molina, ni el Tribunal, podrían entender que se había celebrado una promesa de contrato, ya que la negociación carece desde su origen de la fisonomía y elementos de un pacto de esa índole. En varios pasajes de la sentencia dice el Tribunal que entre Casis y la Compañía "Shell" quedó *pactada y cerrada* la negociación petrolífera, y es precisamente de esa exclusiva circunstancia de *haberse pactado y cerrado la negociación* por lo que concluye el fallador de segundo grado que los actores cumplieron en su totalidad las obligaciones contraídas como intermediarios. El señor Gerente de la citada entidad también expresa en su carta de 29 de enero de 1938 lo siguiente: "2. Sí es cierto que entre esta Compañía y usted (Casis) quedó pactada y cerrada la negociación de arrendamiento del subsuelo....."

De manera que ni en los hechos fundamentales de la demanda, ni en las declaraciones impetradas, ni a través del debate en sus dos instancias se sometió a la decisión del Organo Judicial lo relativo al cumplimiento o infracción de una promesa de contrato, la que no podía existir dada la naturaleza de la gestión encomendada a los demandantes. No estaban éstos facultados para celebrar contrato alguno, ni el de promesa ni el de arrendamiento del subsuelo, sino sólo a intervenir en ejercicio de servicios inmateriales y como profesionales en ese ramo, acordar definitivamente las bases y estipulaciones de dicha convención. En forma tal que carece de fundamento la tesis del recurrente de que se está en presencia de una promesa de contrato y de que se han violado, por falta de aplicación, los artículos 89 y 91 de la Ley 153 de 1887.

Se rechaza el cargo.

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el día 3 de diciembre de 1942.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Acción principal petitoria de inexistencia de un contrato, por simulación, y subsidiaria de rescisión por lesión enorme

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Juan Gregorio, Antonio María y Asnoraldo Henao, como herederos de su padre legítimo Nacianceno Henao, quien en escritura número 344, de 26 de abril de 1940, ante el Notario de Sevilla, dijo vender la finca rural y la casa de esa ubicación allí determinadas, a Julio Calle, demandaron a éste ante el Juez de ese Circuito en lo Civil para que se declare inexistente por simulado ese contrato y, en subsidio rescindido por lesión enorme, y se le condene a restituir esos inmuebles y pagar sus frutos a la sucesión del vendedor. Fundan su demanda, extendida días después a los semovientes indicados en el memorial respectivo, en que aquellas fincas valían el día del contrato más del doble de los $ 2.000 en que conjuntamente aparecen vendidas y en que, por otra parte, no hubo tal compraventa, sino una maniobra por medio de la cual Nacianceno Henao, casado ya anciano en segundas nupcias con una hija de Calle, hacía pasar por medio de éste a ella esos bienes, en vez de que a su muerte quedaran para los hijos de su primer matrimonio.

Calle se opuso, negando los hechos a que se acaba de aludir. El Juzgado negó todo lo pedido, según sentencia absolutoria de 24 de mayo de 1943, de que apeló la parte demandante y que el Tribunal Superior de Buga, sustanciada la segunda instancia, reformó en fallo de 13 de diciembre de ese año, cuya parte resolutiva dijo en su numeral 1º confirmar aquélla en cuanto "no declaró la simulación ni ordenó la restitución de los semovientes"; en el 2º la revocó por no haber declarado la rescisión; en el 3º declara ésta, y en los siguientes atiende a las soluciones alternativas que corresponden, sobre los datos del proceso, ante el artículo 1948 del Código Civil.

Ahora se decide, por estar legalmente tramitado, el recurso de casación que el demandado interpuso contra el fallo del Tribunal.

Lo acusa por quebranto de los artículos 721 del Código Judicial y 1947 del Civil, en razón de error en la apreciación del avalúo pericial y de que, no estableciendo éste el precio de dichos inmuebles a la época del contrato, lo da por establecido en forma y cuantía de haberse producido la lesión enorme de que se quejan los demandantes, sin que, por lo dicho, sea el caso.

Estos cargos no se justifican, y para hallarlo así, basta relatar lo que al respecto consta en el expediente.

El mencionado dictamen pericial se produjo en primera instancia con motivo de la inspección ocular decretada como prueba en solicitud que se extendía a ese justiprecio. Este, con toda precisión asignó a la casa un valor de $ 900 y advirtió que éste era también su precio el día de la compraventa. Cuanto a la finca rural, la estimaron en $ 4.000 y dijeron que valen $ 100 las mejoras posteriores al contrato, y al ver que quedaba como valor de ella el saldo, o sean $ 3.900, advirtieron que podía ser mayor el precio de esta finca el día de la compraventa, porque para esa época era mejor la situación del café.

El Juzgado entendió con esto que los peritos no fijaron el precio de la finca para el día del contrato, pues lo daban en forma incierta, y expresando este pensamiento en la sentencia definitiva fue como negó la rescisión.

Este mismo concepto es el que ahora expone el recurrente para fundar su recurso.

El Tribunal conceptuó que ese precio sí estaba fijado en el experticio, y la Sala no encuentra en este concepto error alguno, porque la sola lectura de la exposición pericial hace ver que al señalar aquella cifra, no la desvirtuaron por decir que para la época del contrato podía ser mayor, lo que significa una afirmación de que por lo menos el precio justo al vender eran esos $ 3.900. Lo conjetural es simplemente lo que pasara de esta cifra. Y, limitándose a ella por lo que hace a la finca rural, y agregando los $ 900 de la casa, se tienen $ 4.800, cantidad mayor del doble de los $ 2.000 en que aparecen estimadas conjuntamente ambas al venderlas Henao a Calle.

La consecuencia obligada de este avalúo fue la que dedujo el Tribunal decretando la rescisión, puesto que al venderse en $ 2.000 el 26 de abril de 1940 lo que para ese dia valia por lo menos $ 4.000, el vendedor sufrió lesión enorme, tal como la define y precisa el artículo 1947 del Código Civil, disposición que, como se ve, lejos de haber sido quebrantada, se obedeció y se aplicó debidamente al caso del pleito.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Sin costas en el recurso, por no aparecer que se hayan causado.

Publiquese, cópiese y notifiquese.

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

Acción petitoria de falsedad e inexistencia de unos documentos. Desistimiento.—Transacción

Para que el desistimiento produzca efectos no es indispensable que a él se acompañe el contrato de transacción que, en su caso, da origen a él; basta que éste llene los requisitos exigidos por la ley, ya respecto de la persona que lo hace, ora en relación con las formalidades que la ley señala para la validez de ese acto.

La parte favorecida por un fallo no ejecutoriado aún puede, por vía de transacción, renunciar los derechos que por él se le hayan reconocido y, por tanto, desistir del juicio, sin que esto implique un atentado contra la cosa juzgada que no existe aún, porque ella fue modificada voluntariamente por la parte favorecida, procedimiento que no es contrario ni a la ley ni al orden público.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Comparecieron ante el Juez 2º Civil del Circuito de Tunja, los herederos de Adolfo González y Valentina Fonseca e impetraron para las sucesiones de éstos, las declaraciones que en seguida se transcriben, en contra de la Compañía Agrícola Industrial de Boyacá, Sociedad Anónima representada por su Gerente, señor Lisandro Prieto L.:

"A) Que la sentencia de 7 de febrero de 1935 pronunciada por el Juez 2º de este Circuito en el juicio ordinario de Valentina Fonseca v. de González contra la Compañía Agrícola Industrial de Boyacá, por la cual se declaró resuelto el contrato de compraventa contenido en la escritura número 360 de 26 de septiembre de 1933, de la Notaría 2ª de Tunja, tiene todo su valor en virtud de que el memorial de desistimiento presentado en la segunda instancia, es falso, lo mismo que el documento de transacción.

"B) Que se declare la falsedad e inexistencia tanto de los siguientes documentos como de las obligaciones en ellos contenidas:

a) El memorial de desistimiento, de fecha 2 de julio de 1935, presentado ante el Tribunal Superior en el juicio a que se refiere la sentencia antes mencionada;

b) La nota de presentación personal puesta en el memorial de desistimiento por el Secretario del Tribunal;

c) El documento de fecha 2 de julio de 1935, y

d) El documento de 30 de mayo de 1934.

"C) Que se declare sin valor alguno la manifestación de corroboración del desistimiento hecha por Rodrigo Ruiz Pineda como apoderado de Valentina Fonseca v. de González.

"D) Que con relación a Valentina Fonseca v. de González y para la sucesión de ésta, no tiene valor la providencia dictada por el Tribunal el 13 de julio de 1935, en la cual se decretó la cesación del juicio como consecuencia del desistimiento de las partes.

"E) Que para la Fonseca y su sucesión no tiene valor ni efecto el auto de 2 de mayo de 1934 pronunciado en el sucesorio de Adolfo González, por el cual se tuvo a la Compañía Agrícola Industrial como subrogataria de los derechos de la Fonseca en dicha sucesión.

"F) Que el registro de la sentencia a que se refiere la primera petición, canceló los registros anteriores referentes al Decreto de posesión efectiva de la herencia de Adolfo González, y aprobación de la sentencia de partición.

"G) Que respecto de la Compañía Agrícola Industrial tiene fuerza obligatoria la sentencia de que habla el punto A), porque respecto a la Compañía es válido el desistimiento que presentó su representante del recurso de apelación.

"H) Que en virtud de la precitada sentencia se condene al demandado a restituir a la sucesión de la Fonseca los derechos que le correspondan en la sucesión de Adolfo González."

Las demás peticiones se refieren a las prestaciones mutuas y a las costas del pleito.

La primera instancia se cerró con la sentencia de 10 de marzo de 1942, que no hizo ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda, absolviendo, en consecuencia, a la Compañía Agrícola Industrial de Boyacá.

El apoderado de los demandantes se alzó en grado de apelación de este fallo para ante el Tribunal de Tunja, y este cuerpo, en resolución de 18 de agosto de 1943 confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Recurrieron en casación los demandantes. Concedido que les fue el recurso y agotada su tramitación, se procede a resolverlo.

Se invoca en primer lugar como motivo de casación, el contenido en el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial, por haberse incurrido en la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción de que trata el numeral 1º del artículo 448 del mencionado Código.

Se hace consistir este motivo en que cuando fue presentada esta demanda, ya cursaba ante el Juez de lo Penal una investigación criminal encaminada a descubrir los delitos cometidos con la presentación del escrito de desistimiento de la acción ordinaria incoada por Valentina Fonseca de González contra la Compañía Agrícola Industrial de Boyacá, y que por tanto la acción civil debía suspenderse mientras se decidía la criminal cuya decisión influía necesariamente sobre la suerte de la controversia civil, violando así el artículo 11 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal).

Nada más infundado que este reparo. La acción civil de que se trata no se inició para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, sino, como se ha visto, para decidir, entre otras cosas, si el desistimiento presentado por la señora Fonseca, a que se refieren estos autos, era o nó falso. En el curso del proceso civil a que se ha hecho referencia, no se presentó hecho alguno que pudiera considerarse como delito perseguible de oficio, puesto que se absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, inclusive el de la falsedad del desistimiento, de donde se desprende que no era el caso de dar aplicación al artículo 11 del Código de Procedimiento Penal invocado por el recurrente y suspender el curso de la acción civil, que como se ha visto, no se instauró para que se resarciera el daño causado por la falsedad del desistimiento anotado.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Se considera quebrantado el artículo 1761 del Código Civil que dispone que el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlos suscrito, y el quebrantamiento se hace consistir en que la señora Fonseca de González no reconoció judicialmente el escrito de desistimiento, tachándolo al contrario, de falso, puesto que ella no rogó a nadie para que lo firmara a su nombre, ni lo presentó personalmente ante el Juez del conocimiento.

El cargo es completamente ineficaz. La Compañía Agrícola Industrial, demandada en este juicio, no adujo como prueba el escrito de desistimiento firmado por Ramón Alvarado Patiño a ruego de Valentina Fonseca v. de González, ni ese escrito es un documento privado para que pueda aplicarse el artículo 1761 invocado por el recurrente.

El escrito de desistimiento, junto con el auto en que se acepta y su notificación, y la nota del Secretario sobre su presentación personal, son documentos auténticos que hacen plena prueba acerca de su contenido, en cuyo favor existe la presunción de validez, cuando ellos aparentemente están extendidos con las formalidades legales, lo que ocurre en el presente caso respecto del memorial de desistimiento de que se habla. Cierto que esta presunción no es de derecho y que por tanto puede demostrarse su inexactitud, pero, en este evento, tócale la carga de la prueba al que quiera desvanecer la presunción que acompaña a las actuaciones judiciales respecto de su autenticidad. No se diga que se impone la obligación de una prueba negativa, porque negar que la señora Fonseca rogó a Ramón Alvarado que firmara por ella el desistimiento y que éste no fue presentado personalmente al Juzgado, son hechos que se apoyan en otros positivos cuya existencia puede comprobarse, como haber permanecido en su casa, sin apartarse de allí el día en que se otorgó el memorial de desistimiento y otros similares, sin concurrir al Juzgado ni a la oficina judicial del doctor Lisímaco Ruiz Pineda. Repárese que el recurrente no ha atacado por error de hecho ni de derecho las pruebas que apreció el Tribunal para declarar que no prosperaba lo referente a la falsedad del memorial de desistimiento, pruebas consistentes principalmente en indicios.

Menos aún se acepta el reparo por violación de los artículos 6º, 1740 y 1741 del Código Civil y 19 de la Ley 21 de 1931.

Fúndase este reparo en que la falta de alguno de los requisitos que la ley señala para el valor del acto o contrato, se refiere a los celebrados entre las partes, de su libre y espontánea voluntad, en que debe haber acuerdo de voluntades y consentimiento, y que un escrito, aunque en cierto modo puede considerarse como un acto civil, no es de aquellos a que se refiere el artículo 1740 del Código Civil, porque en él no hay acuerdo de voluntades entre las partes; él no tiene valor por el consentimiento de las partes y por lo tanto no puede decirse que el escrito de desistimiento sea nulo relativa o absolutamente. Así habla el recurrente.

Concediendo, en grado de disputa, que el artículo 1740 no pueda aplicarse a un memorial de desistimiento, es lo cierto que si hubiera habido, por parte del sentenciador, indebida aplicación de este mandato legal, ello no cambiaría la decisión del fallador de segunda instancia, porque las pruebas en que se apoyó el Tribunal de Tunja para declarar con fuerza legal y válido el memorial de desistimiento conservan todo su valor, y apreciadas así por el Tribunal, confluyen a

demostrar la autenticidad del memorial de desistimiento, de su presentación personal, del auto en que lo admitió y demás circunstancias relativas a él.

Igual razonamiento puede hacerse para desechar el reparo por indebida aplicación del artículo 1741.

Repárese que el Código Judicial en sus artículos 461 y siguientes, señala las condiciones que debe llenar un desistimiento para que pueda aceptarse por el Juez que conoce de la causa, y estas condiciones han de suponerse que se llenaron en el caso que nos ocupa, mientras no se demuestre lo contrario, lo que no ha sucedido al presente.

En relación con el 19 de la Ley 21 de 1931, dijo bien el sentenciador al asentar que la falta de firma de un abogado inscrito en la solicitud de personas que no sepan leer y escribir, cuando litigan en causa propia personalmente, no es una formalidad cuya ausencia acarrea nulidad de la solicitud. Es apenas una garantía cuya falta sanciona la ley con penas distintas de las de nulidad.

Se considera infringido el artículo 1757 del Código Civil, porque el fallador cometió error de derecho al dar por establecido el contrato de transacción de que se habló en el escrito de desistimiento, y ese error lo ve el recurrente en este pasaje de la sentencia: "Es de observar que no se trajo a conocimiento del juzgador el contrato de transacción ni las condiciones de éste, pero tal omisión no produce consecuencia porque de una parte, de lo que aquí se trata es de averiguar la autenticidad del memorial de desistimiento, y por otra no es forzoso que al presentar un desistimiento se expresen las condiciones del contrato transaccional que lo motiva. Se advierte que en el poder, Valentina dio a Ruiz Pineda facultad para transar".

Se repara:

Se ha visto que el Tribunal conceptuó, y esto es una verdad jurídica, que para que el desistimiento produzca efecto no es indispensable que a él se acompañe el contrato de transacción que en su caso da origen a él; basta que éste llene los requisitos exigidos por la ley, ya respecto de la persona que lo hace, ora en relación con las formalidades que la ley señala para la validez de ese acto. Si no es necesaria la presentación con el desistimiento, del contrato de transacción, para que aquél tenga eficacia legal, no se ve la razón para que la parte que hace el desistimiento tenga que comprobar la existencia del contrato que lo originó, y por ende no es el caso de dar aplicación al artículo 1757 del Código Civil que por ese concepto considera infringido el recurrente.

Por último considera el autor del recurso que el Tribunal violó el artículo 473 del Código Judicial por no haberlo aplicado al caso del pleito. Este reparo se hace consistir en que el Tribunal consideró que en el escrito de desistimiento quedó consignado el contrato de transacción del litigio que entabló Valentina Fonseca contra la Compañía Agrícola Industrial de Boyacá, por la resolución de un contrato de compraventa y dado, en gracia de discusión, que si se hubiera dado la demostración de la existencia del contrato, entonces el fallo que produce el efecto de la cosa juzgada en última instancia, es nulo porque contraría abiertamente la sentencia firme y ejecutoriada que para Valentina Fonseca v. de González produce cosa juzgada la pronunciada por el Juez de Circuito de Tunja, por la circunstancia de haber sido favorable a las pretensiones de la demandante y no haber sido apelada por ésta. En cabeza de Valentina quedó radicado el derecho que le reconoció la sentencia del Juzgado y ese derecho vino a serle desconocido, arrebatado por la supuesta transacción.

No es un dechado de claridad la argumentación del recurrente en este pasaje, pero parece que el cargo se hace consistir en que habiendo sido favorable para la Fonseca la sentencia de primera instancia, con el contrato de transacción se desconoció ese fallo con quebrantamiento del valor que la ley le da de cosa juzgada a la sentencia firme pronunciada en un juicio.

Es completamente inaceptable el cargo. La sentencia de primer grado, aunque favorable para la Fonseca y consentida por ésta, no era firme, porque bien podía el Superior revocarla o reformarla en grado de apelación. La parte favorecida por un fallo no ejecutoriado aún puede, por vía de transacción, renunciar los derechos que por él se le hayan reconocido y por tanto desistir del juicio, sin que esto implique un atentado contra la cosa juzgada que no existe aún, porque ella fue modificada voluntariamente por la parte favorecida, procedimiento que no es contrario ni a la ley ni al orden público.

Consecuencia de lo dicho es que no se puede infirmar y *no se infirma* el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, con fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, y se condena en costas al recurrente, todo lo cual resuelve 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.

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

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

Acción petitoria de pago de perjuicios

Las disposiciones de los artículos 593 y 601 del Código Judicial no son sustantivas que consagren derechos a favor de los particulares; son simples normas que el legislador les ha dado a los Jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de las pruebas. Esas disposiciones no pueden violarse directamente y dado caso que un juzgador las desechare o contrariare, sería indispensable, para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ellas tuviera como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagran derechos sustantivos.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

El señor Pedro Díaz O. demandó a la "Sociedad Agrícola Comercial, S. A." y al Banco Alemán Antioqueño, hoy Banco Comercial Antioqueño, para que se les condenara al pago de la suma de $ 50.000 y $ 30.000, respectivamente, por concepto de perjuicios materiales y morales que le causaron los empleados de esas empresas, por hechos punibles, y subsidiariamente al pago de $ 80.000 por el mismo concepto e idéntica causa, más las costas del juicio.

El Juez del conocimiento, 3º Civil del Circuito de Barranquilla, absolvió a los demandados de todos los cargos principales y subsidiarios contra ellos aducidos, fundándose, entre otras razones, en que no se había comprobado la existencia de los hechos culposos atribuídos a los empleados de las entidades demandadas y que por consiguiente, si el hecho delictuoso no se ha demostrado, él, consecuencialmente, no pudo causarle perjuicios de ninguna clase al demandante.

La sentencia del Juez fue apelada para ante el Tribunal Superior de Barranquilla, y esa entidad en fallo de 6 de diciembre de 1943, resolvió:

"Refórmase la sentencia apelada, la que en su parte resolutiva quedará así:

"Decláranse probadas las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor y petición antes de tiempo, propuesta por la parte demandada; en consecuencia, absuélvese a los demandados de los cargos de la demanda. No hay costas."

Esta solución judicial está hoy al estudio de la Corte en vía de casación, por haberse concedido el correspondiente recurso, el cual se ha tramitado en forma legal. Es, pues, tiempo de fallarlo y a ello se procede.

El hecho primordial en que el demandante funda sus pretensiones, lo hace consistir en que determinados empleados de las sociedades demandadas ejecutaron actos delictuosos, como dependientes de ellas y por consiguiente éstas son responsables por los perjuicios que esos actos le hubieren causado al demandante en su patrimonio económico como moral. Esos hechos, causa de la demanda, pueden sintetizarse así:

Pedro Díaz O. ejerció por varios años el cargo de Cajero de la Compañía Agrícola y Comercial S. A. de Barranquilla, hasta el 26 de septiembre de 1930, fecha en que fue despedido por habérsele encontrado un déficit en los fondos confiados a su cuidado, sin que justificara la causa de él; Díaz atribuyó el déficit a hechos delictuosos cometidos por el señor Miguel Angel Torres, administrador de la empresa y como consecuencia, imputó culpa a la Compañía por haber elegido para ese cargo a persona de mala conducta. A su vez demandó al Banco Alemán Antioqueño atribuyendo a un empleado de dicho establecimiento el haber cometido un delito de falsedad, de acuerdo con el administrador de la mencionada Compañía, hecho que le causó perjuicios morales y materiales.

El fallador de Barranquilla conceptuó que ni el hecho imputado a Miguel Angel Torres, ni el atribuído al empleado del Banco Alemán Antioqueño, se habían comprobado en el proceso y que, en faltando la causa generadora del perjuicio, éste no podía tener existencia.

El recurrente acusa en primer término el proveído del Tribunal de Barranquilla, por falta de la debida apreciación de las pruebas que demuestran la culpa en que incurrió la Compañía Agrícola y Comercial al elegir para el cargo de administrador de dicha Sociedad, a una persona de malos antecedentes y considera que este hecho está demostrado con las escrituras públicas números 1227, 1228 y 1229.

Este cargo peca contra las reglas que rigen el recurso de casación. No señala las pruebas mal apreciadas por el Tribunal, ni si esa mala apreciación consiste en error de hecho o de derecho, y menos aún indica las disposiciones de la ley civil que hubiesen sido quebrantadas por esos errores.

A pesar de estas deficiencias, la Corte considera el cargo y estima que la acusación es por la falta de apreciación de las escrituras a que se refiere el recurrente, las cuales no demuestran en manera alguna que los hechos imputados a Miguel Angel Torres le hubieran causado daño al señor Díaz.

En efecto, en ellas consta que el señor Torres fue destituido del cargo de administrador de dichas empresas, por graves irregularidades en el manejo de sus fondos en el año de 1938, pero allí no consta que los manejos indebidos del administrador, hallados en el año de 1938, fueran la causa determinante del déficit encontrado en la caja a cargo del señor Díaz en el año de 1930, es decir, ocho (8) años antes. En suma, la falta del administrador Torres en 1938 no exculpa la del cajero Díaz en 1930, porque no está demostrado que fue el dolo o la culpa del primero lo que causó el alcance del segundo ocho (8) años antes.

Bien pudiera admitirse el reparo del recurrente sobre la no apreciación de esas pruebas por parte del sentenciador, pero tal omisión tampoco podría variar la faz resolutiva de la sentencia, porque no habiéndose comprobado la existencia del hecho doloso o culposo cometido por Torres en la misma época en que Díaz O. resultó con un alcance en el manejo de la caja, falta la relación de causalidad entre esos dos hechos, sin la cual no puede decirse que el proceder de Torres causara perjuicios a Díaz O.

En cuanto dice relación a "la prueba de la llave" como la califica el recurrente, se advierte que si es cierto que Torres tenía en su poder una llave de la caja que manejaba Díaz, ello no implica de manera necesaria que aquél sustrajera fraudulentamente de la caja los fondos que le faltaron a Díaz en 1930, advirtiéndose que la suma que monta el cheque a que se refiere el recurrente, no coincide con el valor del déficit por el cual fue despedido Díaz. La sustracción del cheque ocurrió en el año de 1929 y el alcance de Díaz en septiembre de 1930 y no se ha comprobado, como lo afirma el opositor, "que en la cantidad de dinero cuya falta se registró el 27 de septiembre de este último año (1930) estuviera incluído el valor del cheque en referencia".

De este presunto error, desprende el recurrente la violación de los artículos 593, 601, 661, 662, 663 y 664 del Código Judicial.

Se anota: las disposiciones de los artículos 593 y 601 citadas, no son disposiciones sustantivas que consagren derechos a favor de los particulares. Son simples normas que el legislador les ha dado a los Jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de las pruebas, disposiciones que no pueden violarse directamente, y dado caso que un juzgador las desechare o contrariare, sería indispensable para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de esas disposiciones tuviera como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagren derechos sustantivos, disposiciones éstas que el recurrente no ha citado ni considerado violadas.

Los artículos 661 a 664 regulan la prueba de "presunciones" y establecen reglas para apreciarlas, pero en el asunto que se estudia, el sentenciador no fundó su fallo en esas pruebas y por tanto la acusación de esos preceptos está fuera de lugar.

Se ha quebrantado, a juicio del recurrente, el artículo 1494 del Código Civil por cuanto el sentenciador no reconoció la culpa de la Compañía Agrícola y Comercial por haber mantenido a su servicio como administrador de la empresa a Miguel Angel Torres, y haber puesto en sus manos un duplicado de la llave que le sirvió, dice el recurrente, para sustraer fraudulentamente de la caja los valores por cuya falta fue despedido el cajero Díaz.

Se le imputa, pues, a la Compañía la culpa *in eligendo* por haber nombrado a Torres administrador de la empresa y culpa *in comitendo*, por haberle suministrado el duplicado de la llave de la caja.

Para que este reparo prospere es de imperiosa necesidad que el recurrente demuestre, de manera inequívoca, la sustracción dolosa por parte del administrador Torres, cosa que no se ha comprobado al presente, ya que el dolo no se presume y debe probarse. Tampoco existe prueba de que la sustracción del cheque, de que se habla en estos autos, le hubiere inferido daño a Díaz, ya que esta sustracción se efectuó en el año de 1929 y el déficit de Díaz acaeció en 1930.

Considérase violado el citado artículo 1494 por otro aspecto cual es, el que se quiere hacer aparecer, dice el recurrente, que la acción invocada en la demanda emana de un delito cuando en realidad de verdad el derecho invocado no se desprende del delito sino de la culpa extracontractual, y que cuando esto sucede, nada tiene que ver el sobreseimiento respecto del hecho doloso imputado.

El cargo ha debido formularse por error de hecho en la apreciación de la demanda, si el Tribunal equivocadamente tomó una acción por otra, pero nada de esto se realiza al presente. Bien claro se lee en la demanda que los empleados a que se refiere el demandante ejecutaron actos dolosos de los cuales deben respondr las

compañías demandadas, porque esos empleados ejecutaban actos en nombre de ellas y por consiguiente éstas eran las responsables de los daños causados a terceros a virtud de actos ejecutados por sus empleados.

Fundándose la responsabilidad de las compañías en un hecho delictuoso cometido por sus empleados, tocábale al demandante la comprobación de ese hecho, base de su derecho, comprobación ausente en este proceso, porque respecto del señor Torres no aparece evidencia probatoria de que él hubiera sustraído de la caja el dinero que le faltó a Díaz; y respecto del empleado del Banco Alemán Antioqueño, existe en el proceso el auto de sobreseimiento definitivo.

Si no se ha demostrado el hecho delictuoso, base de la demanda, las compañías demandadas no pueden ser responsables por un hecho que legalmente no ha existido.

El último reparo que se le hace a la decisión del Tribunal de Barranquilla consiste en la violación de los artículos 2341, 2347 y 2349 del Código Civil. El fundamento de este reparo, es en síntesis, lo ya dicho al tratarse de la violación del artículo 1494 del Código Civil. Para que tengan aplicación estos mandamientos civiles es indispensable que se haya cometido un delito o culpa que haya inferido daño a otro, bien sea que el hecho se ejecute personalmente o se lleve a cabo por aquellas personas que estuvieran al cuidado de aquellos que según la ley responden por el daño de otras personas que están a su cuidado, y se ha visto, por la exposición anterior, que los empleados de las compañías demandadas no cometieron acto delictuoso que obligara a aquéllas a responder por los perjuicios de un acto que legalmente no se ha ejecutado.

En vista de estas consideraciones, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no infirma* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla del seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, y condena en las costas del recurso al recurrente.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Acción de nulidad de una sentencia

La vinculación entre el remate y el auto aprobatorio, que el recurrente llega a identificar, implica una confusión inaceptable. Sin negar en manera alguna la necesidad de la aprobación como complemento de la licitación, preciso es reconocer que ésta es simplemente, como la palabra lo indica, el visto bueno **de lo ocurrido en el acto del remate y en lo atañedero a lo que de ese acto queda pendiente, que es tan sólo lo relativo al pago, ya porque éste haya de hacerse después en el breve plazo de horas que señala la ley o en el que por excepción, en su caso, acuerden los interesados, ya porque esté hecho previamente. Cuandoquiera que se necesita como complemento de un acto dado su refrendación o aprobación por medio de providencia judicial, no se toca como fecha el de ésta. Del propio modo que la sentencia que decreta una reivindicación no señala con su propia fecha la inicial del pago de frutos, el fallo que decide sobre la validez de un pago por consignación no altera en manera alguna la fecha de ésta. Así, aunque precisamente es necesaria esta sentencia ejecutoriada para llegar a la plena firmeza de que habla el artículo 1664 del Código Civil, en su caso, no por eso el efecto de la consignación válida deja de producirse desde el día de ésta, al tenor del artículo 1663 de la misma obra. Todo porque la indagación judicial necesaria para que el Juez, oídas las partes, se cerciore de lo que en derecho corresponde, es algo muy distinto del acto mismo, materia de esa indagación.**

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Por medio de apoderado, los señores Santiago, Julio César, Aurelio y Angela María Henríquez Orozco demandaron a los causahabientes del señor Clemente Marrocco, su viuda, Filomena di Napoli y los menores hijos de ambos, Benjamín, Dino y María Teresa, representados por esta señora, para que se reconozca a los actores su calidad de herederos de su padre legítimo señor Santiago Henríquez y se declaren las nulidades que el libelo detalla y aquí se verán.

Negó todo lo pedido la sentencia absolutoria que el 26 de agosto de 1942 pronunció el Juzgado 2º Civil del Circuito de Barranquilla, donde se tramitó la primera instancia. Sustanciada la segunda por apelación de los demandantes, el Tribunal Superior de allí reformó ese fallo en el de 23 de noviembre de 1943, en el sentido de reconocer a los demandantes su calidad de herederos de su prenombrado padre, pero manteniendo la negativa de las súplicas de nulidad.

Interpuesta casación contra este fallo por los demandantes, se procede a decidir el recurso, tramitado debidamente como está.

Son antecedentes: por escritura número 2134, otorgada ante el Notario 2º de esa ciudad el 28 de julio de 1927, el señor Henríquez se constituyó deudor del señor Marrocco por suma de pesos en cuya garantía le hipotecó la casa y su solar de esa ubicación allí determinada. Por medio de apoderado el acreedor siguió juicio especial de venta y adjudicación de la finca hipotecada contra su deudor en el Juzgado 2º Civil de aquel Circuito, donde, decretado el remate de esa finca, se llevó a cabo esta diligencia el 12 de diciembre de 1934, y se adjudicó al acreedor en virtud de postura que para éste hizo su aludido apoderado por cuenta del crédito. Liquidado éste como correspondía a las disposiciones de leyes y decretos vigentes a la sazón sobre rebaja de deudas, habiendo ascendido en total a suma mayor de la a que llegó el precio de la finca en la licitación, el Juzgado aprobó el remate en providencia de 5 de febrero de 1935, contra la cual no aparece formulado allí reclamo ni recurso.

El señor Marrocco, nacido en Pollica, murió allí el 18 de diciembre de 1934. En su causa mortuoria se relacionó la mencionada finca entre los bienes relictos y se adjudicó al procederse a la partición de éstos.

Las nulidades aludidas, esto es, aquéllas sobre las cuales versa el presente juicio por ser las que los demandantes piden que se declaren, son: la del remate, la de su sentencia aprobatoria y la del referido juicio de sucesión, por cuanto, según palabras del libelo, "se denunciaron, partieron y adjudicaron bienes que no alcanzaron a ser de propiedad de Clemente Marrocco". Todo por haber muerto este señor antes de la aprobación del remate.

Juzgado y Tribunal llegaron a la ya dicha conclusión negativa, en vista de que la circunstancia en que se fundan los demandantes no figura en la ley como causal de nulidad y en que, por otra parte, al remate se procedió observándose todas las formalidades procedimentales de este acto.

En la demanda de casación se coloca este tema preferentemente, según declaración expresa del abogado que la formula, ante la ley sustantiva, considerando el remate como contrato, y sobre este pie, invocando el motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial, se acusa por quebranto de los siguientes artículos del Código Civil:

1494, según el cual, las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas, y 1495, según el cual el contrato es un acto en que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. La violación consiste en que una persona inexistente físicamente es considerada por el Tribunal como sujeto activo de derecho, al dar por válido el remate, no obstante que cuando se aprobó ya el rematador había fallecido.

1502 y 1503 que, al establecer lo que dicen sobre capacidad para contratar o, más ampliamente, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, están pregonando, en lo que respecta al presente juicio que Clemente Marrocco, muerto el 18 de diciembre de 1934, no podía ser la persona humana indispensable para poderse pensar siquiera en capacidad, pues "no era susceptible de ser sujeto, ni activo ni pasivo, de derechos y obligaciones" ni de adquirir nada por sí ni para sí cuando el 5 de febrero siguiente se vino a aprobar el remate en cuestión. Violó el Tribunal estas disposiciones, dice el recurrente, al dar validez al remate, inseparable de su aprobación e ineficaz sin ella, y violó también del propio modo el artículo 1849, que define la compraventa como contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero, y el 1851, que dice ser hábiles para ese contrato todas las personas no inhabilitadas por la ley. La violación consiste en que, a pesar de hablar todas estas disposiciones de *personas*, se olvida el Tribunal de que para la fecha de aquella aprobación ya Marrocco no era persona, porque había muerto.

1740 y 1741 que, concretando a lo tocante al pleito, dicen ser nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos prescritos por la ley para su valor, y que hay nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. El quebranto consiste en que, siendo la muerte la más absoluta de las incapacidades, el Tribunal, a pesar de haber muerto Marrocco antes de dicho 5 de febrero, y de pronunciarse este día la aprobación del remate, sin embargo de esto, se deniega a anular remate y aprobación, cual si para la fecha de ésta Marrocco fuera aún persona. Así pasó por alto la ausencia de este elemento indispensable en toda vinculación contractual. Y con ello quebrantó estas disposiciones y también el artículo 6º que estatuye que en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley. Esta exige indispensablemente que haya partes, que haya personas, y el Tribunal sostiene la validez del remate, que es compraventa, sin haber comprador.

El 74, según el cual "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición". Relaciona el quebranto de este artículo con el del 9º de la Ley 57 de 1887, según el cual "la existencia de la persona termina con la muerte". Los cargos los formula en estas palabras: "Es conclusión lógica, obligada, indubitable, la de que el Tribunal sentenciador, al atribuir plena eficacia jurídica al título que radica en el patrimonio de un muerto un inmueble, está violentando los citados preceptos de la ley sustantiva que establecen que un muerto no es persona".

La demanda de casación, cuyos cargos quedan así expuestos, termina solicitando que, al invalidarse el fallo recurrido, se declare en su lugar la nulidad de la sentencia aprobatoria del remate y se ordene cancelar la inscripción de la misma sentencia.

Como se ve, no toca lo atañedero a la petición de la demanda inicial sobre nulidad de la causa mortuoria de Marrocco por haberse inventariado y partido en ella la finca materia del remate.

El abogado recurrente basa toda su acusación en el hecho de haber muerto Marrocco antes de dictarse el auto aprobatorio del remate, y acentúa, como la parte demandante lo hizo en las instancias, sobre la vinculación entre el remate y el auto aprobatorio, los que llega a identificar. Insiste en que la licitación y la adjudicación que se hace en ella no constituyen el título que va al registro a efectuar la tradición, y en que aquéllas sin la sentencia aprobatoria, nada valen en el sentido de la transferencia del dominio.

Esa identificación implica una confusión inaceptable. Sin negar en manera alguna la necesidad de la aprobación como complemento de la licitación, preciso es reconocer que ésta es simplemente, como la palabra lo indica, el *visto bueno* de lo ocurrido en el acto del remate y en lo atañedero a lo que de ese acto queda pendiente, que es tan sólo lo relativo al pago, ya porque éste haya de hacerse después en el breve plazo de horas que señala la ley o en el que por excepción, en su caso, acuerden los intere-

sados, ya porque esté hecho previamente, que fue lo sucedido en el caso en estudio, en el que, como ya se dijo, fue así como hizo postura el apoderado del acreedor y como se vio al resultar mayor el valor del crédito que el que la licitación señaló a la finca rematada.

Cuandoquiera que se necesita como complemento de un acto dado su refrendación o aprobación por medio de providencia judicial, no se toma como fecha de él la de ésta. Del propio modo que la sentencia que decreta una reivindicación, no señala con su propia fecha la inicial del pago de frutos, el fallo que decide sobre la validez de un pago por consignación no altera en manera alguna la fecha de ésta. Así, aunque precisamente es necesaria esta sentencia ejecutoriada para llegar a la plena firmeza de que habla el artículo 1664 del Código Civil, en su caso, no por eso el efecto de la consignación válida deja de producirse desde el día de ésta, al tenor del artículo 1663 de la misma obra. Todo porque la indagación judicial necesaria para que el Juez, oídas las partes, se cerciore de lo que en derecho corresponde, es algo muy distinto del acto mismo materia de esa indagación.

Estas obvias reflexiones bastan a demostrar que las deducciones que la parte actora pretende derivar del hecho de haber muerto Marrocco antes de la sentencia aprobatoria, son inaceptables, aunque se compartiera su opinión de que la muerte antes del remate mismo hubiera de producir por sí sola y en todo caso la nulidad del remate. Porque no puede pasarse por alto que el de que aquí se trata lo hizo en representación del acreedor su apoderado. Esto obliga a recordar de un lado el artículo 264 del Código Judicial, según el cual "El mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, mientras no sea revocado por los herederos o expire por otra causa legal"; y obliga también a recordar de otro lado las disposiciones del Código Civil sobre mandato, ante las cuales, si bien éste termina, según el numeral 5º del artículo 2189 por la muerte, atiéndense contingencias que imponen ciertas cortapisas; por ejemplo, el artículo 2194 comienza con la frase "sabida la muerte", para continuar disponiendo "cesará el mandatario en sus funciones", y el artículo 2199 comienza con este inciso: "En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido...." Y esto, sin detener la atención, por lo extraño del caso al del pleito, en el mandato destinado a ejecutarse después de aquella muerte (artículo 2195).

De ocurrencia frecuentísima, puede decirse cuotidiana, es la compra de bienes por un mandatario para un mandante que al perfeccionarse el contrato ya ha muerto. Frecuente también es la muerte del comprador de un inmueble en el lapso que va de la escritura a su registro, sin que quepa pensar en nulidad de la compraventa diciendo que a favor de un difunto no cabe tradición.

En el remate aquí discutido, venta forzada en que el demandado Henríquez estuvo representado como tradente por el Juez, al tenor del artículo 741 del Código Civil, el adquirente fue el rematador Marrocco, cuyas obligaciones de comprador fueron oportunamente cumplidas, puesto que ya lo estaban al efectuarse el remate, según queda visto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción de nulidad absoluta de un contrato de compraventa

1. Interpretando la Corte el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, ha dicho que no es aceptable que un acreedor pueda ejercitar ilimitada e irrestrictamente las acciones que la ley le ofrece para defender su derecho contra la insolvencia de su deudor: la pauliana, la de simulación o la de nulidad. Es indispensable que tenga interés; pero no el simple y general representado en su calidad de acreedor y consistente en la conveniencia de que el obligado acrezca su capacidad de pago, sino el concreto y réal representado en el perjuicio directo y determinado que el acto de enajenación de su deudor le irroga, porque a virtud de él se incapacita para pagarle total o parcialmente. Tal es el sentido restricto que la doctrina de los tribunales le ha dado al vocablo "interés", que usa la ley para determinar cuándo un acreedor tiene derecho de pedir que se declare judicialmente la ineficacia de actos o contratos ejecutados por una persona que le debe por el solo hecho de sacar de su patrimonio bienes sobre los cuales puede aquél hacer efectivos sus derechos, doctrina adoptada para garantizar la seguridad de que la ley no autoriza ni permite la intromisión abusiva en la órbita en que se mueven las extrañas relaciones, la invasión injustificada en la esfera patrimonial ajena.

2. El sentido genuino de la expresión manifiesto que usa el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, es el de que la nulidad resulte de bulto, de una manera ostensible, de la simple lectura del contrato, sin necesidad de ocurrir, para demostrarla, a otras piezas del proceso o elementos probatorios.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Se ha originado este pleito en los siguientes hechos:

Según consta en los documentos privados, suscritos en Buga el 7 de julio de 1939 y el 1º de agosto de 1940, Antonio María Concha se constituyó deudor, a título de mutuo con interés, de José María Azcárate por la suma de $ 2.000.

En sentencia del 13 de diciembre de 1940 del Juzgado Civil del Circuito de Buga, confirmada por la del Tribunal Superior de ese Distrito, de fecha 11 de marzo de 1941, fue puesto en interdicción por demencia Antonio María Concha, y se le nombró curadora a su esposa Virginia Lerma de Concha, a quien se le discernió legalmente el cargo.

El acreedor Azcárate inició cobro ejecutivo contra su deudor Concha, representado por su curadora, quien, al intimársele el correspondiente mandamiento de pago, manifestó que no denunciaba bienes porque ignoraba cuáles existían con ese fin y que a su debido tiempo arreglaría todo.

El mismo día en que se le intimó el auto ejecutivo (21 de mayo de 1941), según escritura pública número 428 de esa fecha, otorgada ante el Notario primero del Circuito de Buga, Virginia Lerma de Concha, en su carácter de curadora de su esposo Antonio María Concha, vendió a Ascensión Lerma una casa y un lote de terreno ubicados en la ciudad de Buga, de propiedad del interdicto.

Con apoyo en estos hechos, y considerando que todo acreedor tiene interés en que el patrimonio de su deudor no se merme y que el contrato de venta contenido en la escritura pública número 428 es absolutamente nulo a la luz del artículo 501 del Código Civil porque la vendedora curadora es hija natural de la compradora, en libelo de fecha 25 de agosto de 1941, ante el Juzgado Civil del Circuito de Buga, José María Azcárate demandó en juicio ordinario a Antonio María Concha, representado por su curadora Virginia Lerma de Concha, y a Ascensión Lerma, para que se declare la nulidad absoluta del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura número 428, de 21 de mayo de 1941, de la Notaría 1ª de Buga, por medio del cual la curadora vendió a la demandada Lerma dos inmuebles de propiedad del interdicto, los cuales, por consiguiente, son de la propiedad exclusiva de éste, y se cancelen el título y su inscripción correspondiente.

Trabada la litis con la oposición de las demandadas, quienes propusieron las excepciones perentorias de carencia de acción y nulidad de los

contratos de mutuo suscritos por Concha, el Juzgado del conocimiento, después de los trámites del grado, sentenció el juicio el 26 de marzo de 1942, declarando la nulidad pedida y demás solicitudes de la demanda.

Sentencia acusada.

En sentencia de fecha 13 de diciembre de 1943, con que finalizó la segunda instancia a que dio lugar la apelación que la parte demandada interpuso contra la de primer grado, revocó la recurrida y en su lugar declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, denegando, en consecuencia, las declaraciones pedidas en el libelo de demanda.

Para exponer el Tribunal el fundamento esencial de su decisión revocatoria recuerda la doctrina consagrada por la reiterada jurisprudencia de esta Corte de que para que sea legítima en manos de un acreedor la acción de nulidad de un contrato celebrado por su deudor con otra persona, no es bastante acreditar la sola calidad de acreedor sino que precisa demostrar un perjuicio evidente, sin el cual no hay razón económica ni legal que autorice y legitime el ejercicio de tal acción, que en esta vez se niega por no haber establecido probatoriamente el demandante que con el contrato que ataca se ha menoscabado el patrimonio de su deudor hasta el extremo de hacer imposible la solución de su crédito.

Luégo de exponer esta razón fundamental de su sentencia, sobre la cual dedujo la existencia de la excepción perentoria que declaró, añade el Tribunal algunas consideraciones secundarias en torno de la nulidad absoluta y su declaración judicial oficiosa, y aunque encuentra que el acto de enajenación ejecutado por la señora Lerma de Concha adolece de nulidad absoluta por contrariar la prescripción prohibitiva del inciso 2º del artículo 501 del Código Civil, no la declara, sin embargo, porque estima que tal declaración de oficio es pertinente sólo en el caso de que entre las partes que contrataron en forma inválida, se pretenda hacer producir efectos al acto absolutamente nulo, y en este caso el litigio no se ha llevado entre los contratantes.

El recurso.

En el recurso de casación que oportunamente interpuso la parte actora contra el fallo definitivo de segunda instancia y que hoy se halla en estado de recibir decisión, se acusa la sentencia, con base en la primera de las causales que enumera el artículo 520 del Código Judicial, por violación de los artículos 6, 27, 28, 31, 429, 483, 501 inciso 2º, 1523, 1741 y 1815 del Código Civil, por infracción directa, y por errada interpretación el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Pretende el recurrente fundamentar sus cargos de violación legal con los razonamientos que en seguida se compendian:

El sentido restringido que la jurisprudencia ha dado a la palabra "interés" que trae el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, antes el 15 de la Ley 95 de 1890, como base indispensable para el ejercicio, por terceros acreedores, de las acciones de nulidad de actos o contratos de su deudor, de que es necesario demostrar la insolvencia total o parcial de éste como consecuencia del contrato tachado de nulo, y, además, la colusión entre el comprador y el deudor vendedor, si aceptable a pesar de su rigorismo, para casos de simulación y de acción pauliana, carece de toda razón en tratándose de nulidad absoluta por objeto ilícito porque la buena o mala fe con que hayan procedido los contratantes nada tiene que ver con el motivo de la nulidad impetrada. Tampoco debe exigirse al acreedor que demuéstre la insolvencia total o parcial en que quede su deudor para poder demandar la nulidad de un contrato ilegal, porque la amplitud de los términos empleados por la ley no lo autoriza, y porque la palabra *interés*, tomada en su sentido natural y obvio, significa que basta para el acreedor el mejor respaldo que con el acrecimiento del patrimonio de su deudor obtiene.

Afirma también el recurrente que el Tribunal quebrantó las precitadas disposiciones legales como consecuencia del error de hecho en que incurrió por no apreciar la confesión contenida en la contestación de la demanda y algunas declaraciones testimoniales que cita, con las cuales se acredita fehacientemente que la enajenación a que se ha hecho referencia sí menoscabó el patrimonio de Concha hasta el extremo de hacer imposible la solución de sus obligaciones.

Agrega el recurrente que la nulidad de la compraventa demandada, por aparecer de manifiesto en el contrato, ha debido ser declarada por el Tribunal, y que resulta también de una manera evidente del hecho de que se hubiera llevado a efecto sin que previamente se hubiera obtenido la autorización judicial que impone la ley, y que estando probada esta causal de nulidad en el juicio, la sentencia no se acomoda a la ley al denegar su declaratoria.

Se consideran los cargos.

Conviene desde luégo, para estar dentro de los temas y límites del recurso, advertir que la tacha de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor en que el Tribunal fundó su absolución, en ninguna forma se refiere o relaciona con falta de demostración del entendimiento do-

loso del tercero comprador con el deudor vendedor, *consilium fraudis* éste que no era de pertinente consideración, como es obvio, en el estudio de una acción como la de que aquí se trata. Para llegar a la conclusión a que llegó la sentencia acusada bastó para el Tribunal la circunstancia de que el demandante no hubiera demostrado, como se vio al resumir los fundamentos del fallo, que tuviera el interés jurídico que requiere el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó al 15 de la Ley 95 de 1890, en el sentido que la jurisprudencia ha estimado indispensable para poder ejercitar legítimamente la acción deducida, esto es, que no probó que el acto de enajenación que ataca lesionara sus intereses por haber determinado la insolvencia total o parcial de su deudor.

La Sala estima que la decisión del Tribunal Superior de Buga, que está a su consideración, se ajusta exactamente a la exigencia legal, valedera para toda clase de acciones según principio general de derecho, de que el demandante debe tener interés legítimo para el ejercicio de la acción que intenta, interés jurídico que en este caso impone el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 con el alcance y significado que con toda nitidez y en numerosas ocasiones le ha dado la Corte. Según esta jurisprudencia, no es aceptable que un acreedor pueda ejercitar ilimitada e irrestrictamente las acciones que la ley le ofrece para defender su derecho contra la insolvencia de su deudor, la pauliana, la de simulación o la de nulidad. Es indispensable que tenga interés; pero no el simple y general representado en su calidad de acreedor y consistente en la conveniencia de que el obligado acrezca su capacidad de pago, sino el concreto y real representado en el perjuicio directo y determinado que el acto de enajenación de su deudor le irroga porque a virtud de él se incapacita para pagarle total o parcialmente. Tal es el sentido restricto que la doctrina de los Tribunales le ha dado al vocablo "interés" que usa la ley para determinar cuándo un acreedor tiene derecho de pedir que se declare judicialmente la ineficacia de actos o contratos ejecutados por una persona que le debe por el solo hecho de sacar de su patrimonio bienes sobre los cuales puede aquél hacer efectivos sus derechos, doctrina adoptada para garantizar la seriedad y firmeza de los tratos jurídicos que requieren la seguridad de que la ley no autoriza ni permite la intromisión abusiva en la órbita en que se mueven las extrañas relaciones, la invasión injustificada en la esfera patrimonial ajena.

A esta solución jurisprudencial ha llegado la Corte en una especie de proceso evolutivo de su doctrina, a partir, para no ir más lejos, de la sentencia del 28 de mayo de 1935 (tomo XLII, p. 25), en que se dio la más lata interpretación al interés jurídico, significado en la conveniencia general de que no se merme el respaldo del deudor, hasta llegar a la inteligencia y alcance que luégo en repetidas decisiones se ha explicado y sostenido, como puede verse, entre otras, en sentencias de 26 de agosto de 1938 (tomo XLVII, p. 64), de 15 de febrero de 1940 (tomo XLIX, p. 71), de 17 de septiembre de 1941 (tomo LII, p. 386), y la reciente de 10 de agosto de 1943 (tomo LVI, p. 38).

"Estas decisiones de la Corte de Casación —se lee en la penúltima de las precitadas sentencias— tienen hoy la aprobación irrestricta de la actual Sala, porque si el demandante no prueba que el acto tachado de nulo o simulado, aminora la capacidad económica del deudor para cubrir sus deudas, es decir, si el acto tachado de nulo o simulado deja en el patrimonio del deudor bienes suficientes con que cubrir el crédito que persigue el acreedor, éste naturalmente no tiene interés, ni jurídico ni material, en hacer volver al patrimonio del deudor, un bién cuya enajenación no perjudica sus intereses. La palabra *interés* traída en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, no puede tomarse en un sentido amplísimo. Ella ha de interpretarse con criterio restrictivo: que el acto o contrato tachado de nulo o de simulado produzca la insolvencia total o parcial del deudor, de tal suerte que si ese bien no vuelve a su patrimonio se haga imposible al acreedor la eficacia de su crédito, en todo o en parte."

Cabalmente interpretada por el Tribunal la ley, según lo antedicho, no hay razón para imputarle su quebranto directo al darle la aplicación que le dio al caso en estudio.

No menos infundada es la acusación que se hace a la sentencia por infracción indirecta de las precitadas disposiciones por efecto de errada apreciación de las pruebas que el recurrente cita. Acepta éste en su demanda la realidad procesal de que en verdad no está probado que fueran vendidos *todos* los bienes del deudor Concha, pero afirma que teniendo en cuenta la confesión de la demandada, contenida en la respuesta al hecho séptimo de la demanda, y los testimonios de Camilo Racines, Lucas Estrada, Gonzalo Salazar, Jorge Isaacs, Fidela Ortiz, Pablo Giraldo, Rafael Cárdenas y Leonel Arana, no hay duda de que está demostrado plenamente el menoscabo patrimonial que colocaba al deudor en imposibilidad de solucionar sus obligaciones, ya que todos esos elementos probatorios "no revelan una situación económica que permitiera cómodamente al deudor pagar sus deudas".

La pretendida confesión se hace consistir en la aceptación que hizo la parte demandada a lo

manifestado por Virginia Lerma de Concha al notificársele, en su condición de curadora de su marido Antonio María Concha, el mandamiento ejecutivo de pago librado por demanda de José María Azcárate, el 21 de mayo de 1941, y que reza: "No denuncio bienes de ninguna clase para el pago de lo que se cobra a mi pupilo en este asunto, porque no sé cuáles existan con ese fin. A su debido tiempo yo arreglaré todo." Con sólo transcribir esta declaración se ve claramente la sinrazón con que se la califica de confesión del hecho que el Tribunal echó de menos, esto es, que como consecuencia del contrato que recoge la escritura pública número 428, del 21 de mayo de 1941 el patrimonio del deudor Concha quedó reducido al extremo de no poder pagar su obligación mutuaria a Azcárate. Y a igual conclusión conduce el cargo por no apreciar los aludidos testimonios que en manera alguna dan base para fundar una convicción contraria a la de la sentencia, porque tales declaraciones, rendidas a solicitud de la parte demandada, se refieren a época anterior a la en que Concha se constituyó deudor del demandante y se produjeron en el juicio con el exclusivo objeto de demostrar que los contratos de mutuo son nulos por haberlos celebrado Concha en estado de enajenación mental, extremo éste que está fuera de la jurisdicción de este recurso. Los cuestionarios sometidos a los testigos hacen referencia a que antes del año de 1939 Concha, después de reunir una apreciable fortuna, se tornó incumplido, se dedicó a prestar dinero sin tasa y a comprometer su haber en negocios descabellados hasta reducirlo a casi nada, según la expresión de uno de los declarantes. Esta prueba, como se ve, no tiene conexión con el hecho que el sentenciador estimó insuficientemente acreditado en el proceso.

El verdadero fundamento de la sentencia absolutoria que se acusa es la ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, por falta en éste del interés jurídico indispensable para legitimar el ejercicio de la acción de nulidad de un contrato en que no fue parte y que ataca en su mera calidad de acreedor de uno de los contratantes, como ya se ha visto, y como lo expresa la sentencia al decir, luégo de considerar tal cuestión esencial: "Lo antes dicho es suficiente para revocar el fallo apelado declarando probada la excepción de ilegitimidad de la personería del actor, sin embargo de lo cual el Tribunal hace algunas otras consideraciones". Alude el sentenciador en estas consideraciones secundarias a aspectos accesorios del problema.

Los cargos, pues, que en relación con estos puntos no esenciales de la motivación de la sentencia se formulan, no habiendo prosperado la acusación contra su fundamento principal y siendo éste bastante para sustentar la decisión, no pueden afectar la validez del fallo acusado, fuera de que carecen también, como los otros, de respaldo legal.

Se toca aquí la cuestión de la declaración judicial oficiosa que autoriza el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 de la nulidad absoluta cuando ella aparece de manifiesto en el acto o contrato. El genuino sentido que la jurisprudencia ha dado a la expresión de *manifiesto*, que usa la ley, como puede verse en numerosas decisiones sobre el particular, es el de que la nulidad resulte de bulto, de una manera ostensible, de la simple lectura del contrato, sin necesidad de ocurrir, para demostrarla, a otras piezas del proceso o elementos probatorios. No basta que la invalidez pueda probarse en los autos si para ponerla de manifiesto, como ocurriría en este caso, es preciso confrontar y analizar pruebas adecuadas para establecer relaciones de consanguinidad o parentesco. "Pero hay otro aspecto quizá de más trascendencia que el anterior —como se dijo en sentencia de 26 de agosto de 1938 (XLVII, p. 66)— recordada en el fallo que se estudia: una nulidad absoluta y de la clase a que se refieren los artículos 15 y 2º citados, es decir, manifiesta, en el sentido ya expresado, no puede declararse de oficio sino cuando entre las partes contratantes se está litigando sobre la efectividad o el cumplimiento del contrato, y entonces como por un principio general de orden público los actos absolutamente nulos no pueden vincular jurídicamente a las partes, el fallador niega esa vinculación por medio de la declaratoria oficiosa de nulidad."

Resta sólo hacer referencia al cargo que hace la demanda con base en haberse omitido el requisito de la autorización judicial para la celebración del contrato de compraventa cuya nulidad se pide. A este respecto basta advertir que el motivo de nulidad consistente en la omisión de la formalidad referida quedó, por clara voluntad del actor, fuera del debate judicial, por haber declarado expresamente en su libelo que no aducía tal omisión como base de su pedimento. El juzgador del primer grado así lo hizo notar en su sentencia para excluir tal punto de su estudio y decisión. El Tribunal no tocó esta cuestión. Podría, pues, desecharse este reparo en casación como un medio nuevo, pues se vincula a temas no debatidos en las instancias del juicio. Pero ni aun dándole entrada a su consideración podría conducir a conclusiones invalidadoras del fallo recurrido, porque refiriéndose la omisión de que se trata a una formalidad establecida por la ley en consideración a la persona y no a la naturaleza del acto o contrato, sería inductiva de nulidad relativa, y como tál,

establecida en beneficio exclusivo del incapaz y no susceptible de ser declarada a petición de cualquiera persona ni oficiosamente.

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, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 13 de diciembre de 1943, que ha sido objeto de este recurso.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

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

Perjuicios

Los ferrocarriles están sometidos a la obligación que al respecto establecen los incisos 2º y 3º del artículo 8º de la Ley 76 de 1920, que en síntesis estatuye que en los puntos en que los ferrocarriles crucen a nivel de los caminos públicos, se establecerán barreras que deben cerrarse, si posible automáticamente con la debida anticipación al paso de los trenes y que en los lugares donde no sea posible establecer barreras se mantendrán permanentemente guardas encargados de impedir el paso a transeúntes en el momento de circular los trenes. Según el último inciso de la norma que se cita, se establece que las empresas de ferrocarriles responden en cada caso, de los daños y perjuicios que se causen por la omisión.

Considera la Corte oportuno observar que no es la titularidad de la zona ni el solo cumplimiento de ciertos requisitos legales lo que da de por sí a aquélla el carácter de vía pública. Esta se caracteriza por una cuestión de hecho, o sea el paso permanente, continuo y regular, sin prohibición de nadie, y de una manera pública, de peatones, autobuses, ferrocarriles, camiones, etc.

Todo lo cual no va a decir que, enterados los conductores de vehículos de que un ferrocarril no tiene las barreras ni señales prescritas por la ley, no deban obrar, al atravesar el paso a nivel, con todo cuidado y diligencia que evite un error de conducta.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El 2 de noviembre de 1938 en las horas de la tarde, en el paso a nivel del Ferrocarril del Nordeste, en el cruzamiento de la calle 79 con la avenida 37, barrio de Chapinero de esta ciudad, el autobús número 9687, de propiedad de Stefano Vertúa, manejado por el conductor Francisco Morales, fue arrollado por un tren del mismo Ferrocarril del Nordeste, compuesto de 9 vagones y la locomotora número 26 que los empujaba en marcha hacia atrás.

El conductor del autobús venía con dirección Occidente-Oriente y al llegar al paso a nivel, donde no había ninguna señal, en el momento de atravesar la carrilera, fue arrollado por el tren. El autobús, por causa del choque, quedó inutilizado como unidad de transporte.

Sobre estos hechos el señor Vertúa demandó a la Société Nationale de Chemins de Fer en Colombia, representada por su Gerente Ricardo Di Tommaso, para que se declarara que la sociedad prenombrada es responsable, por culpa civil, del accidente mencionado y de los perjuicios de orden patrimonial causados al propietario del vehículo por la destrucción de éste y que como consecuencia de esa responsabilidad se condene a dicha sociedad a pagar dentro del término de seis días de la ejecutoria de la sentencia los perjuicios materiales que se acrediten, por la destrucción del autobús.

El Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, a quien tocó conocer del juicio en primera instancia, dictó sentencia el 11 de marzo de 1942 declarando que la sociedad demandada es civilmente responsable del accidente acaecido y condenándola a pagar al demandante la suma de $ 6.860 valor de los perjuicios, lucro cesante y daño emergente, causados al actor por la destrucción del autobús.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó por sentencia de 20 de noviembre de 1943, y en su lugar absolvió a la Compañía demandada de todos los cargos de la demanda.

El demandante interpuso recurso de casación, y hoy pasa a decidirse.

La sentencia que se revisa en casación, es indudablemente contradictoria en parte. Se presentaron dos documentos emanados de distintas dependencias municipales. El uno, procedente del Departamento de Urbanismo, en el cual se certifica que en el año de 1938 "estaba dada al servicio público la calle 79 de la avenida 37 hacia el Oriente y hacia el Occidente, en la urbanización 'Santa Sofía', que aunque dicha vía estaba dada al servicio, no ha sido cedida por escritura pública al Municipio y que los propietarios del terreno no han ejecutado las obras de urbanización correspondientes" (fojas 13 vt. del cuaderno número 3). El otro, proveniente del Director General de Circulación y Tránsito, y que corre al folio 14 ibidem, dice así: "que en el año de 1938 no estaba autorizado el tránsito de autobuses de línea por la calle 79 hasta el paso a nivel del Ferrocarril del Nordeste, por cuanto las boca-calles se hallaban obstruídas por zanjas de desagües y no estaban pavimentadas".

En virtud de los términos contradictorios de esos dos documentos, concluyó así el fallador: "La duda que arroja el proceso sobre la naturaleza pública o privada de la vía cruzada por el

ferrocarril en el sitio del suceso, inhibe a la Sala sentenciadora para deducir la culpabilidad y consiguiente responsabilidad de la empresa con base únicamente en la citada Ley de Policía de Ferrocarriles, y la inclina a buscar la solución del problema en otras consideraciones". En seguida y apoyándose en el artículo 2356, dice lo siguiente: "En el caso de autos se echa de menos toda prueba de esa diligencia y cuidado de la Compañía en el cumplimiento de sus deberes generales sobre seguridad de la vía en el paso a nivel de que se trata, puesto que dadas las circonstancias de atravesar allí una calle urbana, si se quiere en proyecto, pero en el hecho al tráfico de peatones y de vehículos, no tenía en la fecha del suceso ninguna medida de precaución que en alguna forma indicara el paso de los trenes. Lo dicho parece suficiente para decidir que la Compañía demandada debe, en principio, considerarse culpable por presunción del accidente ocurrido el 2 de noviembre de 1938 en el cruce de la calle 79 con la avenida 37 de esta ciudad".

Al estudiar la culpa concurrente del conductor del bus, concluye así el Tribunal: "De donde resulta, en resumen, que el choque o colisión del vagón del Ferrocarril del Nordeste con el autobús del señor Vertúa, de que trata esta causa, obedeció exclusivamente a la imprudencia, temeridad e imprevisión del conductor del bus, conforme a las circunstancias y a la versión del accidente que expresan los autos".

En esa forma el fallador de Bogotá llegó a una sentencia absolutoria.

El recurrente en el capítulo primero, acusa la sentencia por violación expresa de los artículos 8 y 25 de la Ley 76 de 1920 y por manifiesto error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, error que condujo al Tribunal a violar estas disposiciones y los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, por no haberles dado estricta aplicación.

Considera la Corte: El acaecimiento del accidente el día 2 de noviembre de 1938, la inutilización del bus, como unidad de transporte y la personería de las partes, han estado y están en este recurso fuera del debate.

El problema, pues, se reduce a averiguar y resolver dos extremos, a saber: a) Si la empresa demandada estaba en la obligación de mantener señales en el paso a nivel para aviso y seguridad de los transeúntes y si el fallador incurrió o nó en error de hecho al decidir lo contrario; y b) Si existió o nó error de conducta en el conductor del bus.

Existen, como se vio, dos notas contradictorias de las autoridades municipales sobre si la calle 79 de la avenida 37 estaba o nó dada al servicio. La Corte considera que el Tribunal incurrió en error de hecho al optar por el extremo negativo, por las siguientes razones: El certificado del Departamento de Urbanismo en que se afirma que la vía estaba dada al servicio, es claro y preciso. El certificado de la Dirección General de Circulación y Tránsito expresa que no estaba autorizado el tránsito de autobuses por esa vía, por cuanto las boca-calles se hallaban obstruídas por zanjas de desagües, es decir, por un impedimento material. Pero si se considera que por esa vía pasaban y cruzaban buses, resulta que tal impedimento no era óbice para el tránsito. El certificado del Departamento de Urbanismo está corroborado con las declaraciones de Ruperto González, Miguel Angel Forero, Guillermo Torres y Luis Velandia, quienes afirman que con anterioridad al dos de noviembre de 1938, los autobuses de servicio urbano, los automóviles y los peatones pasaban ordinariamente de la avenida 37 hacia el Occidente, siguiendo la calle 79. Torres y González afirman el hecho por haber pasado varias veces conduciendo vehículos.

De lo anterior se concluye que la vía mencionada no estaba cerrada al tránsito y que no había prohibición expresa ni obstáculo que impidiera a los conductores de vehículos automotores pasar por ese sitio. Siendo esto así y aunque la zona no hubiera sido cedida por escritura pública, ni estuviera pavimentada, como el Ferrocarril del Nordeste cruzaba una vía pública, estaba sometido a la obligación que al respecto establecen los incisos 2º y 3º del artículo 8º de la Ley 76 de 1920, que en síntesis estatuye que en los puntos en que los ferrocarriles crucen a nivel de los caminos públicos, se establecerán barreras que deben cerrarse, si posible automáticamente con la debida anticipación al paso de los trenes y que en los lugares donde no sea posible establecer barreras, se mantendrán permanentemente guardas encargados de impedir el paso a transeúntes en el momento de circular los trenes. Según el último inciso de la norma que se está citando, se establece que las empresas de ferrocarriles responden en cada caso, de los daños y perjuicios que se causen por la omisión.

Considera la Corte oportuno observar que no es la titularidad de la zona ni el solo cumplimiento de ciertos requisitos legales, lo que da de por sí a aquélla el carácter de vía pública. Esta se caracteriza por una cuestión de hecho, o sea el paso permanente, continuo y regular, sin prohibición de nadie, y de una manera pública, de peatones, autobuses, ferrocarriles, camiones, etc.

El error en la apreciación de la prueba llevó al Tribunal a la no aplicación del artículo que acaba de citarse, o sea al 8º de la Ley 76 de 1920 en sus incisos 2º y 3º, y de los artículos 2347 y 2356 del Código Civil, que ha debido aplicarlos el Tribunal sobre la base de que la empresa de-

mandada tenía la obligación de mantener barreras o señales en el paso a nivel.

Quiere lo anterior decir que el cargo que se estudia debe ser recibido y para dictar la sentencia de instancia, es necesario considerar el segundo extremo a que ya antes se aludió, o sea, si hubo o nó error de conducta en el conductor del bus, o si por el contrario, toda la responsabilidad pesa sobre la Sociedad demandada.

En autos está establecido lo siguiente: De la indagatoria rendida por Francisco Morales, conductor del bus, en el proceso penal que se siguió al respecto contra éste y el conductor del tren, proceso en el cual se sobreseyó, el expresado Morales dijo en su indagatoria que vio el tren en marcha a una distancia suficiente para haberse detenido, pero que no lo hizo porque creyó que el tren marchaba hacia el Norte y no hacia el Sur, por una confusión, y esto lo indujo a obrar, como lo dice el fallador, con la negligencia y descuido que revelan los autos. Pero hay más: Morales, por lo mismo que dirigía un bus de línea, de una manera permanente y cuya estación terminal estaba cerca del paso a nivel, tenía que saber y estaba enterado de que en ese sitio no había barreras ni señales de ninguna clase que avisaran la marcha del ferrocarril, por lo cual como conductor del bus estaba obligado a obrar con todo cuidado y diligencia cada vez que atravesara el paso a nivel, a lo que se agrega que el accidente no acaeció siquiera cuando Morales estaba en el desempeño de sus funciones, conduciendo pasajeros, sino que como él mismo lo expresa, en lugar de esperar en la estación que llegara el tiempo de la salida del bus, por una diligencia particular, se fue con la máquina a un predio aledaño al paso a nivel, mientras llegaba la hora de rocoger los pasajeros.

Si, pues, la Compañía demandada tenía la obligación de mantener barreras o señales en el paso a nivel, y si esta obligación la incumplía permanentemente, el accidente no hubiera acaecido si no hubiera existido un error de conducta en Morales, según acaba de verse. Fueron dos culpas concurrentes las que causaron el accidente.

Resulta entonces que partiendo de la responsabilidad de la Compañía, de acuerdo con los artículos 2347 y 2356 del Código Civil, es preciso reducir la apreciación del daño, según lo enseña el artículo 2357 ibídem.

No puede llegarse, a juicio de la Corte, a una compensación total, por cuanto no se acoge el concepto errado del Tribunal consistente en que el responsable exclusivo del accidente fue Morales, por su imprudencia, toda vez que la empresa demandada no tenía las barreras o señales a que la ley la obliga, en el paso a nivel, y esa omisión la hace responsable de los daños causados a terceros según la parte final del artículo 8º de la Ley 76 de 1920.

Estima la Corte que esa reducción debe ser a la cuarta parte del monto de los perjuicios fijados por los peritos.

Estos apreciaron el lucro cesante en $ 2.600 y el daño emergente en $ 4.260.

Los peritos, como lo observa el Juez *a quo*, fundaron su dictamen no sólo en sus propios conocimientos y ciencia sino que tuvieron en cuenta varias declaraciones de personas entendidas y los documentos sobre costo del vehículo y sobre el valor de la carrocería. Dados esos fundamentos, dadas las razones y explicaciones en que se basa el dictamen, la Corte le da el valor legal de acuerdo con el artículo 721 del Código Judicial.

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:

1º La Sociedad anónima denominada "Société Nationale de Chemins de Fer en Colombie" con domicilio y negocios permanentes en Colombia, representada legalmente por su Gerente, Ricardo Di Tomasso, es civilmente responsable del accidente ocurrido el día dos de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, en el cual fue arrollado y destruído en parte, por el ferrocarril del Nordeste, el autobús número 9687, de propiedad de Stefano Vertúa;

2º Como consecuencia de la responsabilidad civil de la empresa demandada, y teniendo en cuenta que el accidente se debió también en parte muy considerable a la imprudencia del conductor del bus, Francisco Morales, se reduce a la cuarta parte la indemnización que por perjuicios, lucro cesante y daño emergente debe pagar la Compañía demandada al demandante. Por lo tanto *se condena* a dicha Compañía a pagar a Stefano Vertúa, seis días después del auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictar el Juez *a quo* en virtud de este fallo y como valor de todos los perjuicios ocasionados por la destrucción parcial del autobús mencionado, perjuicios que comprenden el lucro cesante y el daño emergente, la suma de mil setecientos quince pesos ($ 1.715), moneda corriente;

3º 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.

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

Acción de dominio

Para que pueda estudiarse un ataque en casación es necesario, dentro de la técnica de este recurso, que se señalen e individualicen, determinándolos, cada uno de los textos legales que se consideran infringidos, señalando también el concepto en que se consideran violados (artículo 551 del Código Judicial). Si se trata de errores manifiestos de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, a través de los cuales se ha producido el agravio a la ley sustantiva, también es de rigor para que prospere el cargo que se señalen tales errores con toda precisión y las normas de la ley desconocidas y vulneradas.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes.

Diez hechos expuso el libelo en apoyo de la demanda, cuya síntesis es:

1º Que Emiliano y Francisco Laserna, socios de la Compañía Eléctrica, S. A., adquirieron por compra a Emiliano Mejía, ratificada por Jorge Mejía, la zona de terreno a que se refiere la primera de las declaraciones solicitadas en la demanda.

2º Que la Nación le concedió a la Compañía Eléctrica de Ibagué, por Resolución número 5 de 1938, autorización para captar y aprovechar hasta en la cantidad de tres mil litros por segundo, aguas del río Combeima con destino a la planta del Alcázar.

3º Que en ejercicio de esa merced se construyeron la bocatoma y la acequia que sirven a la planta del Alcázar.

4º Que Francisco Laserna es propietario de dicha planta por razón de la liquidación de negocios comunes, constatada en escritura número 2286 de 1940, pasada ante el Notario 3º de Bogotá.

5º Que Eufrasio Pulido adquirió de Clemente Echeverri, por instrumento número 961 de 1936, pasado ante el Notario 1º de Ibagué, la finca denominada "San José", ubicada en jurisdicción de Ibagué y específicamente determinada por sus linderos.

6º Que Pulido, aseverando posesión material sobre un peñón inaccesible hasta el cual no va su predio, ha perturbado a Laserna Bravo y a la Compañía Eléctrica de Ibagué en la posesión material de la zona en donde están la Planta Eléctrica y las nuevas obras de bocatoma y la acequia.

7º Que el inmueble de "El Horizonte" —hoy la zona de terreno desprendida de él, por la situación, la ubicación y los linderos que le da la primera declaración que solicita esta demanda— tiene adquirido por prescripción ordinaria y extraordinaria, en defecto de otro título, el derecho ejercido con la bocatoma y la acequia que fueron del señor Simón Salazar, a servirse de las aguas del río Combeima para los menesteres de que trata el artículo 892 del Código Civil, limitando así, como heredad inferior el derecho del predio de Pulido, al tenor del artículo 893 del Código Civil.

8º Que la reserva de la fuerza hidráulica para la Nación y la conformación física del predio de Pulido en el sitio inmediato al de la bocatoma construída en el extremo superior de la zona comprada a los Mejía por los Laserna, no permiten al predio de Pulido el uso de esa fuerza ni el ejercicio del derecho a servirse de las aguas del Combeima en ese punto para los menesteres de que trata el artículo 892 y siguientes del Código Civil.

9º Que el Gobierno Nacional, por medio de los expertos del Ministerio de la Economía, practicó una inspección ocular en las nuevas obras de la acequia y de la bocatoma, constatando de manera precisa que ésta fue construída íntegramente dentro del lecho del río Combeima.

10. Que al solicitar del Juzgado de Tierras de este Circuito, amparo posesorio contra obras efectuadas en ejercicio de una concesión nacional y sobre un bien de propiedad de la Nación, el demandado Pulido está atentando contra el patrimonio del Estado y ejercitando acciones para las cuales carece de personería.

El proceso.

Francisco Laserna Bravo, con fundamento en los hechos anteriores, pidió al Juez 2º del Circuito de Ibagué que mediante los trámites de un juicio ordinario haga las siguientes declaracio-

nes contra los señores Emiliano Mejía J., Jorge Mejía Escobar y Eufrasio Pulido:

1ª Que tiene la exclusiva propiedad de una zona de 8 metros de ancho y 670 de longitud, por cuyo centro corre la acequia llamada de la Planta del Alcázar, ubicada dentro de los linderos generales de la finca de "El Horizonte", en la fracción de Pie de la Cuesta, de la jurisdicción de Ibagué, cuya alinderación determina.

2ª Que la bocatoma construída en el extremo superior de la zona alinderada en el punto anterior para captar las aguas del Combeima en el sitio del Charco del Remolino, al pie de la peña llamada de El Recodo, no se halla a la margen derecha, sino en el lecho mismo de ese río, "puesto que la línea del nivel del Combeima en sus avenidas máximas normales, está claramente definida en el barranco por encima de la obra construída".

3ª Que consecuencialmente la bocatoma y la acequia que captan y conducen el agua del Combeima para la nueva Planta del Alcázar, se hallan, aquélla, en el lecho del río que es de propiedad de la Nación, y ésta, en terrenos de propiedad de Francisco Laserna Bravo, no ocupando ni perjudicando, por lo tanto, inmueble alguno de los demandados ni perturbando en modo alguno la posesión material ejercida por éstos.

4ª Que, dadas la profundidad de las aguas del río y la conformación física del predio alinderado por el hecho 5º de esta demanda, en la porción más inmediata al sitio donde está la bocatoma a que se refieren las anteriores declaraciones, el predio o la heredad de Pulido ningún provecho puede esperar del río allí para los menesteres de que trata el artículo 892 del Código Civil, tanto por los problemas que suscitaría el ascenso de las aguas, como por la imposibilidad de restituir el sobrante al mismo río en los términos en que condiciona el uso de éste el inciso 2º del artículo citado.

5ª Que por haber sido ejecutadas la bocatoma y la acequia referidas en ejercicio de una concesión nacional dentro de bienes de propiedad de la Nación y del demandante Francisco Laserna Bravo, respectivamente, que no están ni han sido poseídos nunca por Pulido, éste no puede estorbar en forma alguna ni la existencia ni el uso de esas obras.

6ª Que la compraventa que relacionan los instrumentos números 675 de 1936 y 549 de 1940, pasados en la Notaría Primera de este Circuito, comprende la cesión de la bocatoma y de la acequia por medio de las cuales se proveía de las aguas del Combeima, la casa de El Molino o El Horizonte, razón ésta por la cual es hoy Francisco Laserna dueño exclusivo de esas obras y de la servidumbre que en más de treinta años continuos, desde los tiempos de don Simón Salazar, adquirió por prescripción esa heredad, y más precisamente, la zona desprendida de ella por los linderos que da la primera de estas declaraciones.

7ª Que en caso de oposición los demandados deben pagar costas.

El 17 de febrero de 1942 falló la primera instancia el Juez *a quo* por medio de sentencia en la cual negó todas las declaraciones impetradas, fundándose en que el actor carecía de personería sustantiva para suplicar muchas de ellas y en que existía una absoluta deficiencia probatoria para decretar las otras.

La sentencia acusada.

Por virtud de apelación interpuesta por la parte actora, falló el segundo grado de este litigio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, quien en fallo fechado el 14 de abril de 1943 confirmó la absolutoria de primera instancia, reconociendo la existencia de las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y de ineptitud sustantiva de la demanda, como hechos que la contrarrestan e impiden los pronunciamientos solicitados en el libelo.

Sostiene el Tribunal que la demanda fue confeccionada con tal habilidad, que se necesita penetrar en el estudio de fondo para descubrir que las declaraciones sobre dominio y sobre efecto de una compraventa, a que se refieren las súplicas *primera* y *sexta,* no se pueden hacer sin antes decidir sobre la pertenencia real de la zona sobre la cual se dice que está construída la bocatoma. Es al desentrañar el sentido de tales súplicas cuando se advierte que se aspira a que la justicia diga que la acequia se encuentra dentro del lecho del río Combeima (sic) y es entonces cuando ocurre la idea de que puede haber un problema de competencia, que requiera previo pronunciamiento.

Las demás súplicas envuelven, a juicio del Tribunal, la pretensión del actor de que el juez olvide las prerrogativas nacionales y marca con sello de ineptitud la demanda, porque resultaría ineficaz la declaración judicial de que el terreno nacional del lecho del río Combeima es el ocupado con la construcción de la bocatoma, si al hacerla no se ha oído a la Nación. Agrega que menos eficacia tendría la declaración de que ese dominio nacional se ha de tomar en propiedad privada, sin que haya tenido la Nación la plenitud defensiva de sus derechos en ese traspaso inusitado.

Niega también las súplicas 4ª y 5ª fundándose en que en relación con los aprovechamientos de agua rige la Ley 113 de 1928, reglamentaria del estudio técnico y aprovechamiento de corrientes y caídas de aguas. En ese estatuto atribuye el legislador al Gobierno Nacional, como supremo

administrador de los bienes de uso público, la reglamentación de la distribución y aprovechamiento de las aguas de uso público; y de esas normas se deduce que no le incumbe a la autoridad judicial el reparto de tales aguas ni la reglamentación de su aprovechamiento, ni una declaración judicial sobre su uso.

Recurso de casación.

Lo interpone la parte actora y acusa el fallo del Tribunal por los motivos que consagran los numerales 1º y 7º del artículo 520 del Código Judicial. Así concreta los dos cargos presentados:

1º Viola la sentencia el artículo 19 de la Constitución Nacional, que ordena a las autoridades la protección de los bienes de los particulares. Viola también, por aplicación indebida, el artículo 76 del Código Judicial, en su primer ordinal, al pretender que en este asunto tiene parte la Nación, no obstante haber declarado ésta su absoluta conformidad con la tesis del demandante y haberse basado la demanda en esa aceptación anticipada. Infringe la Ley 113 de 1928, al pretender que dicha Ley impide al Tribunal fallar sobre la súplica 4ª del libelo; y de los artículos 892 y 893 del Código Judicial, que regulan los derechos del propietario riberano y establecen la prescripción de 8 años a su favor. (Causal primera).

2º Al fallar, como lo hizo el Tribunal, se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia, declarándolo así en la sentencia acusada, con el pretexto de una imaginaria ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y de una supuesta ineptitud de la demanda. (Causal séptima).

Estudio de los cargos.

A juicio de esta Sala de casación, no son fundados los cargos anteriormente expuestos y deben desestimarse por las razones que pasan a expresarse:

a) Tiene razón el Tribunal cuando sostiene que a las súplicas de una demanda debe buscárseles la debida correspondencia y armonía, dado que todas ellas se enderezan a lograr la protección del derecho sobre el cual pretende tener la investidura el actor.

Con excepción de la primera petición, que aspira a que se haga una declaración judicial de dominio a favor de la parte demandante, todas las demás contenidas en el libelo se refieren a cuestiones bien distintas, cuya declaratoria por la justicia no acarrearía en realidad de verdad ningún beneficio patrimonial directo al actor Laserna Bravo. Al efecto, la segunda pide que se declare que la bocatoma construida para captar las aguas del Combeima no se halla en la margen derecha sino en el lecho mismo de ese río; la tercera suplica la declaración de que la bocatoma está en el lecho de dicho río y la acequia en terrenos de propiedad del actor; la cuarta, que dada la profundidad del río y la conformación física del predio de Pulido, ningún provecho puede esperar éste del río, para los menesteres del artículo 892 del Código Civil; la quinta, que por haber sido construidas la bocatoma y la acequia en ejercicio de una concesión nacional, dentro de bienes de propiedad de la Nación y del demandante no han sido poseídas nunca por Pulido; y la sexta, que la compraventa que relacionan las escrituras 675 de 1936 y 519 de 1940 comprende la cesión de la bocatoma y de la acequia, por lo cual el actor es dueño de esas obras y de la servidumbre que en más de 30 años adquirió por prescripción esa heredad.

Comentando esas peticiones de la demanda dice la sentencia acusada: "La demanda fue confeccionada con tal habilidad que se necesita penetrar en el estudio de fondo para descubrir que las declaraciones sobre dominio y sobre efectos de una compraventa, a que se refieren las súplicas 1ª y 6ª, no se pueden hacer sin antes decidir sobre la pertenencia real de la zona sobre la cual se dice que está construida la bocatoma. Es al desentrañar el sentido de las súplicas, para resolverlas, cuando se advierte que se aspira a que la justicia diga que la acequia se encuentra dentro del lecho del río Combeima, como lo apunta el señor Juez. Entonces es cuando ocurre la idea de que puede haber un problema de competencia, que es de pronunciamiento previo."

Ya antes el fallo de primera instancia había dicho: "Si es así que el lecho del río pertenece a la Nación, y si se aspira a que la justicia diga que la acequia construida por la Compañía de Energía Eléctrica de Ibagué se encuentra dentro del lecho del río Combeima, ese punto atañe exclusivamente a la Nación y solamente ella tiene interés para demandar por él."

Como lo expuesto anteriormente por las dos providencias de instancia, se ajusta a la realidad procesal, resulta de toda evidencia que con excepción de la 1ª y 6ª de las declaraciones suplicadas, todas las demás tienden a obtener el reconocimiento de pretensiones o derechos que no pueden considerarse fundados en la legislación nacional o sobre hechos que no podrían servir de base a ningún derecho patrimonial radicado en cabeza del actor como sería, refiriéndose a la petición de apropiación o reconocimiento de dominio de una zona de terreno que en el mejor de los casos es un bien de apropiación imposible por parte de los particulares, puesto que el mismo actor manifiesta que dentro de dicha zona está ubicado el lecho del río Combeima, que es de propiedad de la Nación e inalienable. De ma-

nera tal que si una parte de dicha zona está ocupada por el lecho mencionado, mal podría hacerse la declaratoria de dominio que se impetra.

En este proceso no se ha planteado, en el fondo, un verdadero debate judicial sobre derechos privados en conflicto, a efecto de que el Organo Judicial lo decidiera ajustado a derecho, ya que ni de los fundamentos de la demanda ni de los elementos de probanza resalta con la debida claridad, método y precisión esa situación conflictiva. De ahí que la confusión con que el actor ha presentado el litigio hace que no se pueda desentrañar la naturaleza jurídica de la acción o acciones incoadas. Lo pertinente, en este caso, hubiera sido que el juez de primera instancia rechazara la demanda, exigiéndole al demandante concretar sus pretensiones.

Si Laserna Bravo hubiera planteado en este juicio un litigio sobre uso y beneficio de aguas entre propietarios riberanos, señalando con claridad tanto los fundamentos de su derecho de riberanía como las peticiones suplicadas a la justicia, entonces sí sería de rigor estudiar y fallar el caso con vista en los preceptos de nuestro Código Civil que lo reglamentan. Pero no ha sido esa la acción intentada. Se carece en los autos de los medios probatorios adecuados y pertinentes para estudiar dicho fenómeno y con vista de los antecedentes anotados no puede existir violación, en forma alguna, de los artículos 892 y 893 del Código Civil.

* * *

b) El actor recurrente indica como violada por aplicación indebida la totalidad de la Ley 113 de 1928. Bien sabido es que para que pueda estudiarse un ataque en casación, es necesario, dentro de la técnica de este recurso, que se señalen e individualicen, determinándolos, cada uno de los textos legales que se consideran infringidos, señalando también el concepto en que se consideran violados. (Artículo 531 del Código Judicial). Si se trata de errores manifiestos de hecho o errores de derecho en la apreciación de una prueba, a través de los cuales se ha producido el agravio a la ley sustantiva, también es de rigor para que prospere el cargo que se señalen tales errores con toda precisión y las normas de la ley desconocidas y vulneradas.

Pero el recurrente señala como violada la totalidad del estatuto mencionado, sin determinar cuál de sus preceptos lo ha sido en realidad, y en esas circunstancias el recurso no puede prosperar y debe desestimarse, por la imposibilidad en que está la Corte de adoptar una decisión sobre esa base defectuosa.

* * *

c) Tampoco puede prosperar el cargo fundado en la causal 7ª del artículo 520 del Código Judicial, que se hace consistir en que al fallar el Tribunal se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia, porque el juzgador de segundo grado no incurrió en la abstención que se le imputa, sino que, antes bien, entró a decidir y decidió sobre la totalidad del proceso. Lo que hizo fue declarar la existencia de las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y la de ineptitud sustantiva de la demanda. Si en el curso de la sentencia el Tribunal hizo algunas apreciaciones sobre competencia, fue para ilustrar la cuestión debatida, pero sin presentar esa incompetencia como base y fundamento de su fallo, al que señaló otros soportes que permanecen en pie y algunos de los cuales no han sido atacados en casación.

Por esas razones debe desestimarse este cargo.

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 14 de abril de 1943.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Reivindicación

Interpretando la Corte la Ley 28 de 1932, ha sentado de manera uniforme que para disponer de los bienes sociales los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ellos ocurrido a verificar la distribución provisional de ella, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º. La Corte ha sostenido que es necesaria para la validez del acto jurídico de enajenación la intervención de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º De esto se deduce que la mujer, como socia y, por lo tanto, partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar, la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido, tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Los antecedentes de este negocio son:

Onofre García y Clementina Reyes contrajeron matrimonio eclesiástico en Barranquilla el 1º de febrero de 1906, y el 28 de diciembre del mismo año nació Miguel A. García Reyes, hijo legítimo de aquéllos.

Durante ese matrimonio García compró a William Ladd & Cía., S. A., por escritura número 1288, de 11 de abril de 1928, de la Notaría segunda de Barranquilla, una casaquinta de mampostería con techos de teja, junto con el lote en que está construida, situada en el barrio de Boston, de aquella ciudad y determinada como en la mencionada escritura se indica. El comprador se hizo cargo de pagar un crédito hipotecario que gravaba la casa, por "mil quinientos pesos oro americano", a favor de los señores A. Noguera & Cía., constituido por escritura número 2105, del 7 de septiembre de 1925, de la Notaría segunda de Barranquilla.

El 28 de julio de 1933, por escritura número 630, otorgada en la Notaría tercera de Barranquilla, Onofre García vendió a la Compañía Sindical Noguera, sociedad anónima, la casa en referencia, y consta en esa escritura que el vendedor dejó en poder de los compradores lo necesario para pagar el crédito por "mil quinientos pesos oro americano", de que se ha hablado, a favor de A. Noguera & Cía. La venta se hizo con pacto de retroventa, al cual se le fijó un plazo de tres años, que venció el 31 de julio de 1936 sin que se hiciera uso del retracto.

El 28 de noviembre de 1935 falleció en Barranquilla Clementina Reyes de García.

El 2 de octubre de 1937, por escritura número 1309, de la Notaría tercera de Barranquilla, la Compañía Sindical Noguera vendió la casa a Onofre García, quien, a su vez, la vendió ese mismo día a William Sheets, por escritura número 1310, otorgada en la propia Notaría.

El 24 de junio de 1939 falleció en Barranquilla Onofre García.

El 31 de mayo de 1941 el Juez 1º Civil del Circuito de Barranquilla declaró abierto el doble juicio de sucesión de Onofre García y Clementina Reyes de García y reconoció como heredero de ellos a Miguel A. García Reyes, quien, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario, en libelo que se repartió el 5 de junio del mismo año al Juzgado 3º Civil de aquel Circuito, al señor William Sheets, y pidió que se declare que la casa de que se ha venido haciendo mérito pertenece a la doble sucesión mencionada, o a la sociedad conyugal formada por Onofre García y Clementina Reyes de García; que se condene a Sheets a restituírla a tales sucesiones o a la referida sociedad conyugal, y a pagar los frutos naturales y civiles desde el día en que la adquirió hasta el día en que haga la entrega, y a pagar las costas del juicio.

El demandado Sheets se abstuvo de contestar la demanda, pero denunció el pleito al mismo demandante, como heredero del vendedor Onofre García, y en el alegato de conclusión de la primera instancia propuso las excepciones pe-

rentorias de petición de modo indebido, falta de personería sustantiva en el sujeto activo y en el sujeto pasivo de la obligación y prescripción de la acción rescisoria.

El Juez *a quo*, por sentencia fechada el veintiuno de enero de mil novecientos cuarenta y dos, decidió que la casa sobre que versa el pleito pertenece a las sucesiones ilíquidas de Onofre García y Clementina Reyes; condenó a Sheets a restituírla y a pagar los frutos naturales y civiles percibidos desde el 13 de junio de 1941, fecha de la contestación de la demanda, hasta el día en que se verifique la entrega; condenó a Miguel A. García Reyes a restituír a Sheets el precio de la venta del inmueble, o sea la cantidad de $ 5.800 moneda corriente y las costas legales del contrato de venta. Condenó también al demandante García a pagar las costas del juicio.

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, donde se pronunció la sentencia de veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, por la cual se revocó la de primer grado y se absolvió a Sheets de los cargos de la demanda, sin hacer condenación en costas. Salvó el voto el Magistrado doctor Hernando Manotas.

Para precisar bien el pensamiento de la mayoría del Tribunal, conviene transcribir los siguientes párrafos de la sentencia:

"La sucesión de los cónyuges Onofre García O. y Clementina Reyes de García, representada por su heredero Miguel A. García, no tiene la acción reivindicatoria, porque en vida de dichos cónyuges el marido vendió el bien por medio de la escritura número 630, de 28 de julio de 1933, de la Notaría tercera del Circuito, a la Compañía Sindical Noguera, para cancelar el gravamen hipotecario que tenía la finca y de que se hizo cargo el comprador Onofre García, como lo acredita la referida escritura de compra con el número 1288, de 11 de abril de 1928, corrida en la Notaría segunda del Circuito.

"No era, pues, un bien adquirido por la sociedad conyugal pura y simplemente, sino bajo condición de libertarlo de un gravamen. De ese gravamen, que entraña una deuda, debía responder el señor Onofre García O., como administrador único entonces de los bienes sociales y de los de su mujer y suyos propios, en virtud del antiguo régimen patrimonial.

"Al advenimiento del nuevo régimen del matrimonio, establecido por la Ley 28 de 1932, que entró en vigor el 1º de enero de 1933, el señor Onofre García O. no había podido libertar el bien del gravamen que sobre él pesaba, y por tal motivo resolvió venderlo a la Compañía Sindical Noguera, para cancelar el gravamen. Esa venta la efectuó estando viva su esposa Clementina Reyes de García, quien según dicen los autos falleció el año de 1935.

"Se ha querido establecer que por el hecho del nuevo régimen matrimonial (sic) el marido no puede vender un bien de la sociedad sin la firma de su mujer, como coadministradora de tales bienes, aplicando de modo absoluto y sin excepción, el artículo 1º de la Ley 28 citada. Esta Ley previó el caso de la excepción para evitar una interpretación absoluta a su primer artículo, al decir: 'Sin perjuicio de que puedan hacerse efectivos sobre los bienes sociales que se distribuyan'.

"Y esto es lógico, porque si el marido era responsable, con los bienes sociales, suyos y de su mujer justipreciados, con mayor razón lo era de aquellos que adquirió gravados por determinado precio.

"El nuevo régimen matrimonial (sic) no podía disponer cosa contraria a lo ya establecido sobre deudas contraídas por el marido en vigor del antiguo régimen, porque sería desconocer los derechos de terceros acreedores del marido de perseguir los bienes sociales, por obligaciones contraídas por éste antes de la vigencia del nuevo régimen matrimonial.

"A amparar esos derechos tiende el precepto arriba citado, que es congruente con las disposiciones de los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, que trata sobre tránsito de regímenes sociales, sin perjuicio de que los áctos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto.

"Consecuente con esas normas el marido (Onofre García O.), pudo, con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, vender el bien que había adquirido dentro de la sociedad conyugal, con un gravamen, con el fin de libertarse de esa deuda que sobre él seguiría pesando y pesaría sobre su sucesión y sobre la misma sociedad conyugal extinguida García-Reyes.

"Ha procedido el actor a la reivindicación sin tener en cuenta que ni el señor Onofre García O., ni la señora Clementina Reyes de García aparecen como dueños de la finca, por haberla enajenado el primero, y si lo que se ha querido demostrar es que el vendedor enajenó cosa ajena, ya se ha dicho que la enajenación la efectuó autorizado por la ley en la excepción contemplada en la misma Ley 28."

El recurso.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, el que se decide hoy por hallarse debidamente preparado.

El recurrente acusa el fallo del Tribunal como violatorio de la ley, "por aplicación indebida e interpretación errónea de varias disposiciones

sustantivas", y para ello se apoya en la primera de las causales que enumera el artículo 520 del Código Judicial.

Señala como violados los artículos 740, 946, 950, 1748, 1851 y 1871 del Código Civil; 1º y 7º de la Ley 28 de 1932 y 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, unos por aplicación indebida, otros por falta de aplicación y otros por interpretación errónea.

Estima también el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la escritura 630, pues sostiene que García podía vender legalmente el inmueble en litigio, como si fuera el dueño, cuando conforme a la ley el dueño era la sociedad conyugal García-Reyes, y al considerar nulo ese contrato de venta, siendo así que hubo fue venta de cosa ajena.

Se consideran en conjunto los cargos:

La cuestión de derecho planteada en este juicio, ha sido resuelta ya en muchos casos por la Corte, en el sentido indicado por el actual recurrente, lo que quiere decir que prosperan los cargos formulados por éste y que acaban de enunciarse.

Como la misión principal de esta Sala es unificar la jurisprudencia nacional, se reproduce aquí, como fundamento de este fallo, lo que se considera pertinente de la sentencia de fecha dos de febrero del año en curso, publicada en la *Gaceta Judicial* números 2006 a 2009, página 25, por la cual se decidió un asunto similar al que ahora se estudia.

Allí se dijo:

"La viabilidad y procedencia de acciones como la instaurada en este juicio, han sido admitidas y consagradas por la jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil al interpretar, teniendo sobre todo en consideración el pensamiento que inspiró la reforma, el nuevo estatuto de la mujer casada consignado en la Ley 28 de 1932. Va ya para cinco años que la Corte expresó su parecer interpretativo en torno de los múltiples problemas que trajo la innovación legislativa en el régimen patrimonial del matrimonio, ya en sí misma, ya en las dificultades que se suscitaron al engranarla con el Código Civil, y procuró fijar en lo posible la significación y alcance de las principales disposiciones de la ley reformatoria. Estos puntos de vista, reproducidos luégo muchas veces, están expuestos en sentencia del 20 de octubre de 1937 (*Gaceta Judicial*, tomo XLV), de la cual se copian los siguientes apartes contentivos de las razones que legitiman para la mujer, y para el marido en su caso, el ejercicio autónomo de acciones destinadas a volver a su sociedad conyugal constituída antes del primero de enero de 1933 e ilíquida aún, los bienes sociales de que haya dispuesto uno de los cónyuges con prescindencia del otro:

'....Por haber perdido el marido, desde la fecha indicada, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ellos ocurrido a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º.

'A la Corte esta doctrina se le presenta incuestionable y se impone ante el efecto inmediato que debe tener una ley encaminada a dar a la mujer capacidad plena, efecto que pugna abiertamente contra toda supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los que la mujer tiene también su derecho indubitable de socia.

. . . . . .

'El mismo artículo 7º de la Ley sirve para aclarar el alcance general del artículo 1º, en el sentido explicado. El legislador, porque dispuso su alcance general, sin excepcionar a las sociedades constituidas antes, aun permitió la distribución extrajudicial de los bienes sociales, a fin de ofrecerles a los cónyuges un medio fácil de acomodarse al nuevo estatuto. De otra manera, si la masa de bienes de las viejas sociedades debiera continuar gerenciada por el marido solo, el artículo sería incongruente con el artículo 7º, pues éste carecería de objeto. La científica interpretación de un cuerpo de normas debe ser siempre armónica, de modo que un precepto guarde relación con los demás y todos se concatenen y expliquen entre sí. Interpretando con entera desvinculación las dos disposiciones citadas, se rompe la armonía doctrinaria de la Ley 28 en fuerza de que resultaría exótico y sin razón el que de un lado se consagrara el principio de que un determinado orden de cosas continuara rigiéndose por normas abrogadas, y de otro lado se sentara un principio contrapuesto, dándose normas reguladoras para liquidar aquel estado de cosas.

'Todo el raciocinio presentado decide a la Corte a sostener como necesaria para la validez del acto jurídico, la intervención conjunta de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º.

'De todo lo dicho en la exposición anterior se desprende que la mujer, como socia y por lo tanto partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver...'

"En sentencia de esta Sala, de fecha 20 de abril de 1942, a la vez que se reiteró y justificó la insistencia de la Corte en el sostenimiento de estas tesis, se hizo la enumeración de los diversos fallos pronunciados hasta entonces sobre este y otros aspectos interpretativos de la Ley 28, a manera de índice, muy conveniente para facilitar, respecto de estas cuestiones, la función unificadora de la jurisprudencia nacional que principalmente corresponde a la casación civil. A esa lista podrían ya agregarse nuevos fallos en el mismo sentido.

"Dentro del régimen jurídico patrimonial del matrimonio, anterior a la reforma del año de 1932, en que el marido era considerado ante terceros como único dueño de los bienes sociales, el dominio de la mujer sobre las cosas adquiridas durante el matrimonio, o bienes sociales, era un derecho inefectivo, una mera expectativa sin posible control ni intervención de su parte, que no adquiría eficacia y actualidad sino al disolverse la sociedad. No había en tal situación un estado jurídico de indivisión de bienes que supone la coexistencia de dos propietarios con derecho actual, pues el marido era el dueño, respecto de terceros, del patrimonio de la sociedad conyugal. A partir del 1º de enero de 1933, bajo el nuevo sistema de la Ley 28, el dominio de la mujer sobre las cosas sociales en las sociedades conyugales preexistentes y no liquidadas entonces, dejó de ser ese derecho meramente potencial e ineficaz que era para convertirse en operante y real estado jurídico de copropiedad indivisa con su marido sobre los bienes sociales que éste, privado de su dominio exclusivo ante terceros y de su gerencia omnímoda, ya no puede enajenar por sí solo ni disponer de ellos libremente como bajo el imperio de la anterior legislación. La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, de obligatoria e inmediata aplicación desde que fue promulgada, ha producido, a no dudarlo, como inevitable efecto jurídico del tránsito de regímenes, la existencia de un patrimonio determinado y autónomo de la exclusiva propiedad de las sociedades conyugales ilíquidas en 1º de enero de 1933, distinto del patrimonio de cada uno de los cónyuges y del social en el antiguo sentido del Código Civil y sobre el cual ninguno de éstos, obrando por sí solo, puede ejecutar ningún acto de enajenación sin colocarse en la situación jurídica de quien vende cosa ajena, de cuyo dominio es único titular la sociedad conyugal ilíquida, entidad jurídica distinta de los cónyuges y dueña de un patrimonio independiente y autónomo respecto de éstos y de terceros que subsiste mientras no se acomode al nuevo régimen con la liquidación provisional que autoriza el citado artículo 7º de la Ley 28.

"La venta de la cosa ajena, válida en nuestro derecho y origen de un título traslaticio y justo de dominio, constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los fenómenos típicos e inconfundibles en que ocurre el caso de la inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, en este caso la sociedad conyugal ilíquida, no produce efectos el contrato de compraventa conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes. La venta que uno de los cónyuges hace de un bien social en las condiciones ya vistas, es un contrato válido de acuerdo con la doctrina del artículo 1871 del Código Civil, de manera que resulta improcedente plantear con ocasión de acto de esta especie cuestiones sobre nulidad que no podría encontrarse porque no falta en él ninguno de los elementos de existencia ni validez contractual que determina la ley. Y respecto de la tradición tampoco procede la declaratoria judicial de su inefectividad, como malamente lo entendió el Tribunal, porque tratándose de venta de cosa ajena la tradición que de ella se haga es inválida y el dueño, mientras su derecho no se extinga por prescripción, puede obtener del poseedor adquirente la entrega de la cosa. 'Para que el modo de adquirir por tradición el dominio de las cosas produzca el efecto de trasferir la propiedad, es necesario que ocurran ciertas condiciones subjetivas, que miradas en la persona del tradente consisten, como se ha dicho, en ser dueño de la cosa, en tener la facultad de enajenarla y en abrigar la intención de hacer la transferencia. Repítese que no es tradente la persona que dice enajenar o quiere enajenar, sino aquella que por la tradición es capaz de trasferir y trasfiere el dominio de la cosa entregada, es decir, el sujeto provisto de dominio, facultad e intención. De ahí que según los artículos 742 y 744 del Código Civil, la tradición no es válida mientras no la efectúe con voluntad el tradente o su mandatario o su representante. Lo cual significa que la tradición no puede ser hecha válidamente sino por el dueño de la cosa, hábil para disponer de ella y dispuesto a enajenarla, o por quienes obren dentro de los límites de un mandato o de una representación legal. Como si estos principios

no fueran suficientes, el legislador quiso sentar uno más perentorio, y así dijo en el artículo 752 del Código, que si el tradente no es el 'verdadero dueño' de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. No se habla aquí simplemente de dueño, sino de 'verdadero dueño', para condenar de una vez las enajenaciones hechas por dueños putativos o aparentes. (*Gaceta Judicial,* XLIII, páginas 40 a 43)."

"Es a la luz de la teoría de la inoponibilidad, según lo predicho, como más claro se ve y más jurídicamente se explica la doctrina de la Corte en que se ha hablado de invalidez e inexistencia de los actos jurídicos de disposición, ejecutados por el marido a espaldas de su cónyuge respecto de bienes pertenecientes a sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas y que bajo su vigencia no han sido provisionalmente liquidadas.

"La acción conducente en este caso en que uno de los cónyuges ha dispuesto de un bien que no le pertenece, para que la sociedad conyugal, titular de la propiedad, sea reintegrada en su patrimonio, es la real de dominio o reivindicatoria que tiene el carácter de principal y directa, esto es, que su ejercicio no se subordina a la prosperidad de otra acción. Hay casos en que la acción reivindicatoria se presenta como consecuencial de una de nulidad o de una resolutoria; pero tratándose de la que compete al dueño de la cosa vendida por otro, para evitar perjuicio a su derecho, y en que se va a hacer una confrontación de títulos, es una acción independiente que no tiene por qué ser interferida por un contrato que le es inoponible a él aunque sea completamente válido entre quienes lo celebraron. Estas condiciones de la acción de dominio en querellas de esta especie, fueron destacadas por la Corte en sentencia visible a página 267 del Tomo LIII de la *Gaceta Judicial.*"

Nada tiene que ver y no desvirtúa la anterior jurisprudencia, ni los sólidos razonamientos en que ella se funda, el hecho, insistentemente alegado por el Tribunal en el fallo acusado, de que García adquirió la casa de que se trata con un gravamen hipotecario. Es claro que el crédito respectivo debía pagarse con los bienes de la sociedad conyugal García-Reyes, o con los propios de García, conforme al antiguo régimen patrimonial y de acuerdo con el nuevo creado por la Ley 28; pero ello no autorizaba a García legalmente para vender por sí solo, vigente ya el nuevo régimen, un bien de la sociedad conyugal; ni la declaratoria de que esa venta es de cosa ajena perjudica a los acreedores, quienes pueden hacer valer sus derechos en la forma que estimen conveniente.

De todo lo expuesto se deduce que triunfa el recurso y que debe infirmarse la sentencia acusada, con la advertencia de que lo dicho tiene el doble fin de motivar la casación y de apoyar la decisión de instancia que habrá de dictarse.

Resta sólo agregar que no será posible confirmar, en su totalidad, la sentencia de primer grado, porque la declaración de propiedad y restitución de la casa en litigio debe hacerse en favor de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida García-Reyes, y porque la acción para el pago de la evicción sufrida por el demandado Sheets no puede ejercitarse en este juicio, sino en otro posterior, pues para ello se requiere que la cosa sea evicta, por sentencia ejecutoriada.

Así lo tiene resuelto reiteradamente la jurisprudencia de la Corte:

"Para que pueda tener cabida la acción de evicción, es indispensable que se haya proferido una sentencia por la cual se prive al comprador del dominio de la cosa comprada, lo que no puede conciliarse con el juicio en que se le demanda a éste aquella misma cosa, juicio en el cual la sentencia debe recaer sólo sobre la acción promovida y no sobre otra cosa, como sucedería si se reconociera en ella el derecho del comprador contra el vendedor por el saneamiento y se determinaran las restituciones de cargo del vendedor". (*Jurisprudencia de la Corte,* t. I, pág. 359, número 1536).

"La admisión de la denuncia de un pleito al vendedor de una cosa, y el seguimiento del juicio con el vendedor mismo, no significa para éste la necesidad de sanear la evicción al comprador. Es en juicio posterior al promovido por éste o contra éste cuando se debe discutir la obligación de saneamiento". (*Jurisprudencia de la Corte,* t. I, pág. 855, número 3657).

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 Barranquilla, con fecha veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, revoca la de primer grado, proferida por el Juez 3º Civil de aquel Circuito el veintiuno de enero de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar falla este pleito así:

Primero. Pertenece a la sociedad conyugal, disuelta e ilíquida, formada por el matrimonio de Onofre García O. y Clementina Reyes, el dominio de la siguiente finca raíz: "Una casa-quinta de mamposteria, con techos de tejas, junto con el solar en que está construída, situada en el barrio de Boston, de la ciudad de Barranquilla, en la acera oriental de la calle de Boston (Quinta Oeste), entre las carreras del Rosario y

Sabanilla (Quinta y Sexta Norte), cuyo solar mide y linda así: por el Norte, cuarenta y siete metros, con predio de Juan Campello; por el Sur, cuarenta y siete metros, con predio de Roberto Trujillo; por el Este, veinticuatro metros, con predio de Francisco Valiente T. y Carlos Valiente M.; y por el Oeste, veinticuatro metros, con la calle de Boston, frente a predio de William Ladd & Co., S. A."

Segundo. Condénase al demandado William Sheets a restituir a la expresada sociedad conyugal, representada por el demandante Miguel A. García Reyes, dentro del término de seis días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, la finca raíz determinada en el punto anterior, por su ubicación y linderos.

Tercero. Condénase al mismo William Sheets a pagar a la referida sociedad conyugal, representada como se ha dicho y en el término señalado en el punto que precede, los frutos naturales y civiles de la indicada finca, desde el día 13 de junio de 1941, fecha de la contestación de la demanda, hasta el día en que se verifique la entrega.

El valor de esos frutos se fijará por el procedimiento que señala el artículo 553 del Código Judicial.

Cuarto. Ordénase cancelar, en la Oficina de Registro correspondiente, la inscripción de la escritura número 1310, del 2 de octubre de 1937, de la Notaría tercera de Barranquilla. El Juez *a quo* dispondrá, tan pronto como el expediente llegue a su despacho, que se libre el oficio necesario al respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

Quinto. Queda a salvo en favor de William Sheets y a cargo de Miguel A. García Reyes, como heredero éste del vendedor Onofre García, la acción correspondiente, con arreglo a las leyes, para obtener el pago de la evicción ocasionada por esta sentencia.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez,—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad."

Acción de nulidad de un remate y de reivindicación

La acción reivindicatoria puede ser directa y, por decirlo así, autónoma y principal, e indirecta o accesoria, dependiente de otra. Es ejemplo de lo primero la que asiste en el caso de venta de cosa ajena, en el cual el verdadero dueño demanda al actual poseedor sin necesidad de atacar en su demanda título alguno, sino aduciendo los que acreditan su dominio y con él le confieren tal acción (artículos 946, 950 y 1871 del Código Civil). De lo segundo el caso en que el demandante tiene que invalidar un título que lo privó de su dominio y en que sólo así justifica, con su calidad de dueño, su acción reivindicatoria. En los pleitos de esta última clase o modalidad ocurría argüir que como la reivindicación no se ejercita sino por el dueño, primeramente había de recuperarse esta calidad destruyendo lo que se le había quitado, para poder fundarse en esta base sólida. Pero una jurisprudencia ajustada a las exigencias de la economía procesal admitió una vez por todas que en una misma demanda se ejerciten desde luégo las dos acciones, aunque, al tratarse de compraventa, el poseedor actual sea persona distinta del comprador. Esto, por otra parte, evitó que mientras cursara y quedara definitivamente decidida la contienda de nulidad, se consumara una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria. Innecesario decir cómo es posible que las dos acciones se ejerciten en su orden y separadamente. Lo que es inadmisible es ejercitar la reivindicatoria sin la de nulidad; o seguir la de nulidad, junto con la reivindicatoria sin figurar en el juicio sino los terceros actuales poseedores, que, siendo precisamente los indicados como responsables de esta última, no lo son en manera alguna de aquélla, la cual ha de ventilarse entre quienes fueron partes contratantes en el contrato sobre cuya nulidad versa ante todo el litigio. El vendedor que sostiene no haberse desprendido de su dominio, no obstante mediar en contrario una cierta convención, o que aspira a recuperarlo por sobre ella o a pesar de ella, tiene que invalidarla como requisito indispensable para su calidad de dueño, indispensable a su turno para que le asista la acción reivindicatoria. Al demandar por ambas a la vez, si el comprador posee aún, no hay al respecto la menor dificultad. Si, demandado por ambas, ya no es poseedor, lo habrá de manifestar así en la oportunidad y con los efectos establecidos por el Código Judicial en su artículo 215. Y si demanda ejercitando a la vez ambas acciones, pero dirigiéndose tan sólo contra el tercero que, como poseedor actual, ha de responder de la reivindicación, acontece que la de nulidad queda dirigida contra persona distinta de la obligada a responder, por la decisiva razón de no ser tales demandados partes contratantes en la convención que ha de anularse como clave y razón de ser de la acción de dominio.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

La señora Julia Toro de Restrepo entabló el presénte juicio ordinario contra las varias personas señaladas en su libelo inicial, las que, por oportuna corrección de éste, en que prescindió de algunas, quedaron siendo exclusivamente la señora Elisa Johnson viuda de Vélez y el señor Tulio Vélez Johnson, como poseedores actuales de la finca sobre la cual versa la demanda, la que pidé en primer lugar la anulación del remate de que se hablará adelante y en seguida y consecuencialmente la condena a entregar esa finca y pagar sus frutos a la sociedad conyugal para la cual demanda la actora, que es la que existió entre sus padres, de quienes es ella heredera.

Esa finca es la casa ubicada en la plaza del Municipio de Salgar y alindada como expresa el libelo. Inventariada en la causa mortuoria de la señora Julia Restrepo de Toro, en que los interesados fueron su cónyuge sobreviviente, señor Antonino J. Toro y los hijos de este matrimonio, menores de edad, representados en esa causa por curador *ad litem*, se remató en el incidente de partición de los bienes. Fue rematador el señor Toro.

La nulidad del remate se hace consistir en que fue venta entre el padre y los hijos de familia, prohibida por el artículo 1852 del Código

Civil, por lo cual adolece de nulidad absoluta, y, además, en que se llevó a cabo por ante el Juez Municipal de Concordia, siendo Salgar el Municipio de ubicación de la casa rematada.

Seguida la primera instancia en el Juzgado 1º del Circuito de Andes, se cerró en fallo de 26 de septiembre de 1939 que negó todas las peticiones de la demanda. A esta conclusión llegó el Juez por no encontrar que la señora Johnson sea propietaria o poseedora actual, lo que la descarta; y estudiando en el fondo, en relación con el otro demandado, conceptuó que la prohibición del artículo 1852 no puede entenderse extendida a un remate judicial en que los menores tienen la completa defensa implicada en las precauciones de que la ley rodea este acto, y que, en lo tocante a jurisdicción, no es de echarse menos, porque el Juzgado de Concordia procedía por comisión del de la causa mortuoria, que era el del Circuito de Titiribí.

Apelada esa sentencia por la actora y tramitada la segunda instancia en el Tribunal Superior de Medellín, fue revocada en fallo de 30 de agosto de 1943 que declaró probada la excepción de inepta demanda, porque la clave del pleito está en la nulidad del remate y esta acción es personal y por lo mismo precisamente ha de dirigirse por el un contratante —aquí el vendedor— contra el otro contratante —aquí el comprador—, o sea el rematador o sus herederos, y los demandados, que no fueron parte en ello, figuran como litigantes solamente en calidad de actuales poseedores.

Interpuesta casación contra esta sentencia, se decide el recurso por estar ya debidamente preparado. Se advierte que entre la sentencia y el reparto de este asunto en la Corte, el 13 de junio último, medió el largo lapso indicado por estas fechas, no sólo porque la duda sobre la cuantía determinó en el Tribunal la actuación correspondiente, sino también porque allí hubo demoras, como la tardanza en notificar el auto de concesión del recurso, a que se agregó la habida en la remesa del expediente.

El recurrente acusa de violación de estos artículos del Código Civil: 6º, 28, 30, 31, 32, 741, 1523, 1526, 1740, 1741 y 1852, y del 2º de la Ley 50 de 1936, con razones que se resumen así: el remate en estudio fue compraventa entre el padre y sus hijos de familia, la que está prohibida por lo cual al proceder a ella se incurrió en ilicitud, vicio que produce nulidad absoluta, de donde se desprende quebranto de esas disposiciones por la sentencia que niega la declaración de esa nulidad.

Se considera:

La acción reivindicatoria puede ser directa y, por decirlo así, autónoma y principal, y puede ser indirecta o accesoria, dependiente de otra. Es ejemplo de lo primero la que asiste en el caso de venta de cosa ajena, en el cual el verdadero dueño demanda al actual poseedor sin necesidad de atacar en su demanda título alguno, sino aduciendo los que acreditan su dominio y con él le confieren tal acción (Código Civil, artículos 946, 950 y 1871). Es ejemplo de lo segundo un caso como el presente en que el demandante tiene que invalidar un título que lo privó de su dominio y en que sólo así justifica con su calidad de dueño su acción reivindicatoria.

En los pleitos de esta última clase o modalidad ocurría argüir que como la reivindicación no se ejercita sino por el dueño, primeramente había de recuperarse esta calidad destruyendo lo que se la había quitado, para poder fundarse en esta base sólida. Pero una jurisprudencia ajustada a las exigencias de la economía procesal admitió una vez por todas que en una misma demanda se ejerciten desde luégo las dos acciones, aunque, al tratarse de compraventa, el poseedor actual sea persona distinta del comprador. Esto, por otra parte, evitó que mientras cursara y quedara definitivamente decidida la contienda de nulidad se consumara una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria.

Innecesario decir cómo es posible que las dos acciones se ejerciten en su orden y separadamente. Lo que es inadmisible es ejercitar la reivindicatoria sin la de nulidad; o seguir la de nulidad junto con la reivindicatoria sin figurar en el juicio sino los terceros actuales poseedores, que, siendo precisamente los indicados como responsables de esta última, no lo son en manera alguna de aquélla, la cual ha de ventilarse entre quienes fueron partes contratantes en el contrato sobre cuya nulidad versa ante todo el litigio.

El vendedor que sostiene no haberse desprendido de su dominio no obstante mediar en contrario una cierta convención, o que aspira a recuperarlo por sobre ella o a pesar de ella, tiene que invalidarla como requisito indispensable para su calidad de dueño, indispensable a su turno para que le asista la acción reivindicatoria. Al demandar por ambas a la vez, si el comprador posee aún, no hay al respecto la menor dificultad. Si, demandado por ambas, ya no es poseedor, lo habrá de manifestar así en la oportunidad y con los efectos establecidos por el Código Judicial en su artículo 215. Y si demanda ejercitando a la vez ambas acciones pero dirigiéndose tan sólo contra el tercero que, como poseedor actual, ha de responder de la reivindicación, acontece que la de nulidad queda dirigida contra persona distinta de la obligada a responder, por la decisiva razón de no ser tales demandados partes contratantes en la convención que ha de anularse como clave y razón de ser de la acción de dominio.

Esto fue lo que sucedió en el presente caso; de suerte que el Tribunal ha procedido con todo acierto al hallar que la situación es la contemplada por el artículo 333 del Código Judicial en su numeral 2º y al declararlo así en obedecimiento del artículo 343 de esa obra.

Y debe notarse que el Tribunal se abstuvo, por esta razón decisiva, de considerar en el fondo la acción de nulidad, sin lugar, en tal virtud, a decidir sobre ella. No decretada, no cabía considerar tampoco la acción de dominio que no sería procedente sino en cuanto, considerada aquélla, la nulidad se hubiera declarado.

Lo dicho basta para demostrar cómo y por qué no prosperan los cargos del recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea la dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Se declara inadmisible el recurso de casación

No es procedente el recurso de casación en sentencias proferidas en juicios sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal conforme a la Ley 28 de 1932, pues esos juicios se tramitan mediante el procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del Código Judicial.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El Juzgado 2º Civil del Circuito de Tunja, a solicitud de la señora Mercedes Camargo de Malaver, con la sustanciación establecida por el artículo 1203 del Código Judicial, decretó la liquidación provisional de la sociedad conyugal existente entre ella y su marido, señor Enrique Malaver, de conformidad con la Ley 28 de 1932; y en tal virtud se procedió a la partición correspondiente, la que en su día fue objetada. El Juzgado, hallando fundadas las objeciones del apoderado de Malaver, ordenó rehacer aquel trabajo, en providencia de 1º de abril de 1943, que el Tribunal revocó en la de 10 de agosto de ese año, por hallar infundadas las objeciones.

Y como en esta providencia, en vez de aprobar la partición como correspondía a esa negativa, ordenara el Tribunal que el expediente volviese al Juzgado para que éste proveyese lo conducente, el Juzgado así lo hizo, de acuerdo con el artículo 964 del Código Judicial, aprobando la partición, en providencia de 22 del subsiguiente septiembre, que fue apelada y que el Tribunal confirmó en la de 22 de marzo último, contra la cual se interpuso y el Tribunal concedió recurso de casación. Repartido el asunto en la Corte y surtida la formalidad de la fijación en lista, debe decidirse si es admisible o nó el recurso (Código Judicial, artículo 529).

No es procedente sino en los casos establecidos por la ley, puesto que se trata de recurso excepcional y extraordinario. Ellos son los enumerados en el artículo 519 del Código Judicial, de los cuales quedan descartados desde luégo el 1º y el 3º, por no tratarse de juicio ordinario ni de graduación de créditos en concurso de acreedores o cesión de bienes; queda, por tanto, el del numeral 2º, referente a las sentencias "que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas". Pero tampoco puede hallar sitio ahí un caso como el presente, porque, aunque haya comunidad de bienes, no se ha tratado de juicio divisorio, porque no se trata de sucesión y porque la sociedad conyugal referida no está disuelta. Más todavía: las sentencias que se dicten en los casos contemplados en el artículo 8º de la citada Ley 28, según prescripción del inciso final del mismo, pueden ser revisadas en juicio ordinario, y esas sentencias son, ante el propio artículo 8º, las que versen sobre las cuestiones que se susciten entre los cónyuges con motivo de la aplicación de esa Ley 28, y a mayor abundamiento el inciso 2º de tal artículo 8º se refiere en especial, entre tales cuestiones, a las que se susciten durante la liquidación de la sociedad conyugal. Y todas ellas se desatan mediante el procedimiento breve y sumario de que trata el artículo 1203 del Código Judicial.

Es obvio que, así las cosas, no cabe pensar en recurso de casación sobre sentencia dictada en juicios como el presente, dadas la índole de éstos y las características de aquél.

Conviene que resalte la dificultad que sobrevendría si, admitido hoy el recurso y decidido por lo mismo en este proceso, más tarde se promoviera el juicio ordinario de revisión en el que, entonces sí sin lugar a duda, cupiera y se interpusiera igual recurso.

De ahí que en ocasiones análogas desde el punto de vista de la posibilidad de tal revisión en ulterior juicio ordinario, esta Sala haya denegado el recurso o declarádolo inadmisible o improcedente. Tal ha sucedido, por ejemplo, cuando el Tribunal no lo concede contra sentencia de excepciones en juicio ejecutivo o contra la que decide la oposición en el especial de venta de la cosa hipotecada y en que el recurrente acude en recurso de hecho a la Corte, a fin de que le conceda el de casación, casos en los cuales ella ha encontrado justificada la negativa. Son de recordarse al respecto la de 15 de junio de 1936 y la de 5 de noviembre de 1938, decisiones publicadas en la *Gaceta Judicial*, respectivamente a la página 350 del tomo XLIII y 337 del tomo XLVII.

Por lo expuesto se declara inadmisible el recurso de casación en el presente caso y se ordena devolver los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Notifíquese.

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

Suministro de papel

Ha sido doctrina constante de la Sala de Casación Civil que siendo la obligación de suministrar papel, común a ambas partes, cuando las dos han sido recurrentes, el suministro de papel o la gestión hecha por alguna de ellas favorece a la otra y la libra de las sanciones establecidas por la ley.

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

El doctor Proto Ramírez Losada solicita se aclare el auto de 26 del mes pasado, por el cual se admitió el recurso de casación interpuesto por ambas partes, en el juicio que adelanta Concepción Ramírez contra el memorialista, sobre el pago de una suma de dinero, por cuanto él sólo suministró el papel para el repartimiento, en el sentido de que el recurso de casación debe entenderse admitido a favor del peticionario, únicamente.

Ha sido doctrina constante de esta Sala que siendo la obligación de suministrar papel, común a ambas partes, cuando las dos han sido recurrentes, como sucede en el caso actual, el suministro de papel o la gestión hecha por alguna de ellas favorece a la otra y la libra de las sanciones establecidas por la ley. (Tomo 23 y 54 bis, autos de 7 de julio de 1913 y 22 de octubre de 1942).

Por lo dicho, no se accede a aclarar el auto en mención.

Notifíquese.

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



Reivindicación pàra la sociedad conyugal de los bienes vendidos por el marido sin intervención de la mujer

La Corte ha resuelto más de diez veces, lo mismo que los Tribunales del país, que en virtud de haber perdido el marido desde el 1º de enero de 1933 el carácter de jefe de la sociedad conyugal y, por lo tanto, el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la sociedad conyugal, los cuales vinieron a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe, con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los cónyuges. Consecuencia de la premisa anterior, que es la interpretación jurídica y acertada del estatuto consagrado por la Ley 28 de 1932, fue y ha sido la de que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa. Por lo tanto, cuando el marido, creyéndose dueño exclusivo de los bienes sociales, los vende con prescindencia de su mujer, ésta o sus herederos tienen la acción consiguiente para impetrar la restitución de lo vendido a la sociedad conyugal, a fin de que cuando ésta se liquide, se dividan según las normas del Código Civil. Y no es necesario, como lo ha expresado la Corte, que esta acción reivindicatoria se dirija también contra el marido vendedor, sino que basta dirigirla contra el adquirente poseedor por lo mismo que no se trata de una nulidad sino de una acción restitutoria. La venta que hace el marido en esas condiciones no es nula, al tenor del artículo 1871 del Código Civil; lo que resulta es que no perjudica ni es oponible a la mujer o a sus herederos, quienes tienen la acción para pedir el reintegro de esos bienes para la sociedad conyugal.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Marcelino Arboleda y Eugenia Giraldo contrajeron matrimonio *in faciae Eclesiae* en la población de Montenegro el 7 de febrero de 1910 (fojas 1 del cuaderno principal). Durante la existencia de la sociedad conyugal en los años de 1912, 1920, 1922 y 1929, el marido adquirió, por varias compras, los lotes de terreno denominados "Relinchadero" y "La Chilena" ubicados en la fracción de Pueblorrico del Distrito de Quimbaya. Según aparece de la escritura 442, de 10 de diciembre de 1935 otorgada ante el Notario del Circuito de Montenegro (fojas 3 vuelta a 5 vuelta del cuaderno número 4), Marcelino Arboleda vendió esos dos predios, junto con sus mejoras, sementeras de café, plátano, pastos y casàs de habitación a Luis Carmona. La mujer de Arboleda no intervino en esa venta y falleció el 14 de mayo de 1938 en la población de Tebaida (fojas 4 del cuaderno principal).

Del matrimonio que existió entre Arboleda y la señora Giraldo nacieron varios hijos y uno de ellos, llamado Guillermo, dio poder al doctor José Patiño Sáenz para que entablara la acción consiguiente a fin de que los bienes vendidos por la escritura 442 se restituyeran a la sociedad conyugal que existió entre Marcelino Arboleda y Eugenia Giraldo.

En virtud de ese poder y fundado en los hechos que acaban de enumerarse, el apoderado pidió que se declare nulo el contrato consignado en la escritura 442 ya citada y que se declare además: "que la parte de bienes vendidos por Marcelino Arboleda al señor Luis Carmona, o sea la mitad de lo relacionado en la escritura número 442, otorgada en la Notaria de Montenegro el 10 de diciembre de 1935, pertenece a la sociedad conyugal Arboleda-Giraldo, disuelta por la muerte de uno de los socios, Eugenia Giraldo, pero no liquidada y que se declare 'la obligación en que está el señor Luis Carmona, de Montenegro, de restituir a la sociedad conyugal de Eugenia Giraldo y Marcelino Arboleda los bienes que fueron vendidos por éste a Carmona, por escritura número 442, otorgada en la Notaria de Montenegro, el 10 de diciembre de 1935, en la mitad perteneciente a Eugenia Giraldo'."

Demandó también la consiguiente restitución de frutos, e hizo además algunas peticiones subsidiarias.

La demanda está basada en síntesis en que habiendo sido adquiridos esos bienes durante la sociedad conyugal, pero habiendo sido vendidos después de estar en vigencia la Ley 28 de 1932, no podia, en virtud de ese estatuto venderlos

Arboleda como si fueran de su exclusiva propiedad, por cuanto pertenecían a la sociedad conyugal que existía con su mujer, y habiendo perdido el carácter de dueño único, ante terceros, de los bienes sociales, la intervención de su mujer en la venta de esos inmuebles era esencial.

El Juez *a quo*, el de Circuito de Armenia, negó las declaraciones demandadas, en sentencia de 24 de marzo de 1942, no porque no compartiera la tesis expuesta por el demandante, sino porque en el momento de fallar no se hallaba en los autos la escritura 442, que el Secretario del Juzgado había desglosado, sin dejar copia, con el objeto de enviarla a Montenegro a fin de diligenciar un despacho, según lo apunta el fallador, en su sentencia, de la cual apeló la parte demandante. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en fallo de 17 de febrero del año en curso, revocó la del inferior y ordenó la restitución a la sociedad conyugal, tanto de la totalidad de los predios vendidos por la escritura 442, como de los frutos naturales y civiles producidos por ellos, considerando al demandado como poseedor de buena fe.

El demandado interpuso recurso de casación, el que pasa hoy a decidirse.

El fallador de Pereira consideró improcedente estudiar la acción de nulidad impetrada y se concretó a estudiar y decidir sobre la acción reivindicatoria a favor de la sociedad conyugal ilíquida Arboleda-Giraldo.

La sentencia del Tribunal se apoya principalmente en la Ley 28 de 1932, en la jurisprudencia de la Corte al respecto y en que los bienes vendidos por Arboleda a Carmona fueron adquiridos a título oneroso durante la existencia de la sociedad conyugal que existió entre Arboleda y Eugenia Giraldo. Los cargos que hace el recurrente pueden dividirse en dos grupos, por razón de método. Al primero corresponde el estudio jurídico y legal sobre la cuestión de fondo, o sea si después de la vigencia de la Ley 28 de 1932 el marido puede vender como si fueran propios, e independientemente de la intervención de su mujer, los bienes adquiridos durante la vigencia de las sociedades conyugales existentes el último de diciembre de 1932. Al segundo corresponde el estudio de si hubo o nó, por parte del Tribunal, fallo *ultra petita*.

Los cinco primeros cargos de la demanda, que deben estudiarse conjuntamente, corresponden al primer grupo y se señalan al respecto como violados los artículos 946, 947, 949, 950, 1781, 1805, 1568, 1740, 1746, 1871, 1874 del Código Civil, 1º y 5º de la Ley 28 de 1932, 343 y 471 del Código Judicial.

La Corte considera: La cuestión de fondo, que ya se anotó, ha sido resuelta más de diez veces por esta corporación e innumerables por los Tribunales del país. Desde la primera sentencia que se dictó al respecto, el 20 de octubre de 1937 (*Gaceta Judicial*, tomo XLV, número 1928, páginas 630-46), hasta la última de fecha 11 de los corrientes, no publicada aún, ha sostenido la Corte que en virtud de haber perdido el marido desde el 1º de enero de 1933 el carácter de jefe de la sociedad conyugal y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la sociedad conyugal, los cuales vinieron a quedar por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los cónyuges.

Consecuencia de la premisa anterior, que es la interpretación jurídica y acertada del estatuto consagrado por la Ley 28 de 1932, fue y ha sido la de que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa. Por lo tanto, cuando el marido, creyéndose dueño exclusivo de los bienes sociales, los vende con prescindencia de su mujer, ésta o sus herederos tienen la acción consiguiente para impetrar la restitución de lo vendido a la sociedad conyugal, a fin de que cuando ésta se liquide, se dividan según las normas del Código Civil. Y no es necesario, como lo ha expresado la Corte, que esta acción reivindicatoria se dirija también contra el marido vendedor, sino que basta dirigirla contra el adquirente poseedor por lo mismo que no se trata de una nulidad sino de una acción restitutoria. La venta que hace el marido en esas condiciones no es nula, al tenor del artículo 1871 del Código Civil, sino lo que resulta es que no perjudica ni es oponible a la mujer o a sus herederos, quienes tienen la acción para pedir el reintegro de esos bienes para la sociedad conyugal.

Aplicando la anterior doctrina al caso de este pleito y considerando que los bienes vendidos por Arboleda a Carmona pertenecían a la sociedad conyugal (numeral 5º del artículo 1781 del Código Civil); que Arboleda los vendió a Carmona en 1935; que a esa venta no concurrió la mujer de aquél y que cuando Arboleda hizo la venta, ya no era dueño único ante terceros de los bienes sociales ni jefe tampoco único de la sociedad conyugal, porque los artículos 1805 y 1806 del Código Civil, perdieron su vigencia en virtud de la Ley 28 de 1932, se concluye que la venta mencionada no perjudicó ni es oponible a Eugenia Giraldo ni a los herederos de ésta y que por lo tanto éstos pueden pedir la restitución de los bienes vendidos para la sociedad conyugal. Ahora, si sobre uno de los inmuebles vendidos (*La Chilena*), pesa un gravamen hipotecario, constituido por Arboleda antes de la vigencia de la Ley 28, esa deuda es de la sociedad

conyugal y ésta está obligada a su pago, según el numeral 2º del artículo 1796 del Código Civil.

Los cargos, pues, que atañen a la violación de la ley o errónea interpretación de ésta y encaminados a demostrar que Arboleda podía vender los inmuebles a que se refiere la escritura 442 citada sin el concurso de su mujer, y como si fuera dueño exclusivo de aquéllos, no pueden prosperar.

El recurrente estima que se violaron los artículos 946, 947, 949 y 950 del Código Civil que condicionan la acción reivindicatoria y estima infringidas esas normas por dos aspectos: error en cuanto a la apreciación de la prueba del dominio y error en cuanto se decretó la reivindicación sin estar identificados los predios demandados "Relinchadero" y "La Chilena".

El recurrente sostiene la tesis inadmisible, y hasta insólita, de que habiendo sido expedidos los antiguos títulos de dominio de los predios mencionados a favor del marido Marcelino Arboleda y no de la sociedad conyugal, el Tribunal erró en la apreciación de esos títulos. Seguramente no se le escape al recurrente que la sociedad conyugal no es persona jurídica; es una comunidad, y que se revela cuando ésta se liquida o disuelve. En el régimen del Código Civil lo que uno de los esposos adquiriría a título oneroso dentro del matrimonio, entraba a formar parte del haber social; la sociedad no era ni podía ser poseedora inscrita, por lo ya dicho, sino que el fenómeno consistía en que una vez disuelta o liquidada, su haber, compuesto de bienes sociales, es decir, lo que el marido o la mujer hubieran adquirido a título oneroso, se dividía entre los dos socios. El marido era dueño respecto de terceros, de los bienes sociales, por lo mismo que a favor de la sociedad conyugal no podía haber posesión inscrita. En el régimen actual, y esto seguramente tampoco lo ignora el recurrente, cada uno de los cónyuges puede adquirir bienes y disponer libremente de ellos y lo mismo administrarlos. Pero existe la sociedad conyugal, que está en latencia, y se revela cuando se liquida o disuelve y los bienes existentes entonces y que cada uno de los cónyuges ha adquirido a título oneroso, entran a formar el haber de la sociedad conyugal.

No incidió, ni podía incidir el Tribunal fallador, en el error que ve el recurrente, como tampoco incidió en error al partir de la base de que los bienes materia de la restitución están claramente identificados. Basta ver la escritura de venta contenida en el instrumento 442 ya citado y la determinación de esos bienes en la demanda.

No comparte la Corte el concepto absoluto del recurrente de que mientras la sociedad conyugal no se liquide, cualquiera de los socios puede disponer de los bienes independientemente del otro cónyuge, siempre que el que dispone haya sido el que lo adquirió.

Es preciso hacer una distinción fundamental al respecto: De los bienes sociales adquiridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, no puede disponer el marido con prescindencia de su mujer, por lo que ya se expresó arriba, o sea porque desde el primero de enero de 1933 el marido dejó de ser jefe exclusivo de la sociedad conyugal y dueño respecto de terceros de los bienes sociales. De la vigencia de esa Ley para adelante, cada uno de los cónyuges puede disponer independientemente de los bienes que adquiera durante el matrimonio; pero cuando la sociedad conyugal se disuelve o liquida, los bienes adquiridos a título oneroso, por cualquiera de los cónyuges y existentes en el momento de la liquidación o de la disolución de la sociedad conyugal, entran a formar parte del acervo social y a dividirse según las normas del Código Civil, que reglamentan la materia y que hoy subsisten.

Tampoco comparte la Corte el concepto del recurrente consistente en que el carácter de dueño de los bienes sociales respecto de terceros, "debe considerarse prolongado respecto de las adquisiciones por terceros, aun después que entró en vigencia el nuevo régimen creado por la Ley 28, mientras la sociedad no haya sido liquidada judicial o extrajudicialmente". Ni el alcance y textos expresos de la Ley 28 mencionada autorizan ese concepto, ni la mencionada Ley al ser estudiada y aplicada fue interpretada en esa forma por la jurisprudencia. En varios fallos de la Corte, en particular en los dos citados en esta sentencia, se ha asentado la doctrina contraria fundada en sólidas y claras razones.

El Tribunal se abstuvo de considerar la petición sobre nulidad del contrato que reza la escritura 442 ya citada. En esto y en el hecho de no haber sido citado el vendedor Arboleda, ve el recurrente varias infracciones de la ley.

El Tribunal indudablemente descartó la acción de nulidad, la que ha debido estudiar, para denegarla, porque el contrato celebrado entre Arboleda y Carmona no es nulo, es venta de cosa ajena, que como lo sabe el recurrente, es válida. Pero al descartar esa acción el fallador, por lo mismo que la descartó, no infringió ninguna disposición legal, por la no comparecencia o citación al pleito del vendedor Arboleda. No obstante, el fallador de Pereira dispuso que no había lugar a acceder a las otras peticiones contenidas en el libelo, y al casarse esa sentencia, por la razón que adelante se expresará, debe entenderse que la negativa de varias peticiones de la demanda. abarca la de nulidad.

Para llegar a la restitución de los inmuebles a favor de la sociedad conyugal, no era ni es necesario que la acción de nulidad del contrato

prospere. La venta contenida en él es válida entre las partes contratantes; pero no perjudica los derechos del dueño que en el caso de este pleito es la sociedad conyugal ilíquida que existió entre el señor Arboleda y la señora Giraldo. Esa venta, mejor, ese contrato, no es oponible a la sociedad mencionada representada por los herederos de la señora Giraldo.

Al segundo grupo de que se trató al principio de este fallo, pertenece el cargo fundado en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial, por cuanto habiéndose demandado la restitución solamente de la mitad de los bienes vendidos por la escritura 442, el Tribunal decretó la restitución del total de ellos.

El cargo debe prosperar, porque ya se vio al transcribir arriba las dos peticiones de la demanda, que la parte actora no pidió sino la restitución de la mitad de esos bienes y sobre esa base se trabó la litis y necesariamente se desarrolló el debate.

Hubo, pues, por el Tribunal un exceso en la condenación; fue más allá de lo pedido por las partes, *ultra petita,* y por lo tanto debe reformarse la sentencia en ese sentido.

La petición de restitución a favor de la sociedad conyugal disuelta, Arboleda-Giraldo, estuvo bien enderezada, pero si la parte actora estimó no demandar la reivindicación sino en la mitad, el juzgador no puede modificarle esa súplica ni ir más lejos de la intención, claramente expresada por el demandante. Es oportuno observar que éste no pidió para sí, y si así lo hubiera hecho, su demanda no hubiera prosperado, porque los bienes sociales, disuelta una sociedad conyugal, no son de pertenencia exclusiva ni de los cónyuges ni de los herederos de ésta, sino de la sociedad conyugal ilíquida. Cuando ésta se liquida y se adjudica a cada cónyuge o a sus herederos lo que les corresponde, entonces los bienes dejan de ser sociales, para radicarse en el patrimonio exclusivo del respectivo adjudicatario.

Por último, la personería de las partes está comprobada en los autos y por eso la excepción fundada en ese concepto no puede prosperar. Las otras defensas propuestas tampoco triunfan, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrrida, *revoca* la de primera instancia y *falla* así este pleito:

1º Se declaran no probadas todas las excepciones propuestas en este juicio;

2º El señor Luis Carmona, mayor de edad y vecino de Montenegro, está en la obligación de restituír a la sociedad conyugal ilíquida que existió entre Guillermo Arboleda G. y Eugenia Giraldo de Arboleda, representada esa sociedad en este juicio por Guillermo Arboleda y demás herederos de la señora Giraldo de Arboleda, la mitad del predio denominado "Relinchadero" y la mitad del predio denominado "La Chilena", cuotas éstas que pertenecen en dominio y propiedad a la sociedad conyugal ilíquida mencionada, y a que se contrae el ordinal 5º de los hechos de la demanda, predios que en su totalidad fueron vendidos por Marcelino Arboleda a Luis Carmona, según la escritura 442 de 10 de diciembre de 1935, otorgada ante el Notario de Montenegro. La restitución de esas dos mitades las hará el demandado Carmona, tres días después de ejecutoriado el auto de obedecimiento y cumplimiento que el Juez *a quo* debe dictar en virtud de este fallo;

3º Condénase al mismo demandado a restituír a la sociedad conyugal ilíquida mencionada la mitad de los frutos naturales y civiles que hayan podido producir dichos predios, desde la notificación de la demanda en adelante, previos los abonos y compensaciones a que tiene derecho el demandado Carmona, como poseedor que es de buena fe. El monto líquido de esas prestaciones se fijará de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial.

4º Niéganse todas las demás peticiones, tanto principales como subsidiarias de la demanda;

5º 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.

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

Acción de nulidad de un testamento.—Interpretación del testamento

1. El criterio que ha de guiar a los Jueces para interpretar las cláusulas del testamento y apreciar las formalidades que él debe reunir para su validez, de acuerdo con las prescripciones legales, es el de la libertad de apreciación para que se respete y cumpla en cuanto sea posible la voluntad del testador. Esta debe prevalecer en toda circunstancia, pero tal criterio de autonomía interpretativa no puede echar a un lado las condiciones de que la ley civil rodea al acto testamentario para darle eficacia y hacer que se cumpla la voluntad del testador, siempre que ésta no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales.

2. De conformidad con el artículo 1071 del Código Civil, es nulo el testamento solemne, que, en ausencia de notario, no se otorga ante cinco testigos.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango).

Carlos, Benilda y Juana Martínez de Valdés, solicitaron del Juez 1º del Circuito de Popayán que con citación de Alcides, Eustasio Martínez Silva y Serafín Ordóñez (cesionario de María Jesús Martínez), se hicieran éstas declaraciones:

"1º Corresponde por mitades a los herederos de Julia o Juliana Silva (una) y a los herederos de Antonio Martínez (otra), el terreno de Los Robles que la sociedad conyugal ilíquida Martínez-Silva adquirió por medio de la escritura pública número 99 de 1886, pasada en la Notaría del Circuito de Popayán, e inventariado en el juicio de sucesión de Antonio Martínez.

"2º Antes de llevar a término la partición de los bienes de la sucesión de Antonio Martínez, y dentro de este juicio, practíquese la liquidación de la sociedad conyugal habida entre el nombrado Martínez y Julia o Juliana Silva, a fin de separar el patrimonio de ésta, representada por sus herederos legítimos, Juana, Carlos A. y Benilda Martínez, los demandantes y Alcides Martínez, y consistente tal patrimonio en la mitad del terreno de Los Robles, cuyos linderos son los especificados en la declaración primera.

"3º Es nulo o carece de valor, el testamento solemne abierto, otorgado por Antonio Martínez en el paraje de Los Robles, del Municipio de Timbío, ante cuatro testigos, el día 27 de noviembre de 1919."

Subsidiariamente solicitó:

"A.—Es nula la institución de herederos hecha por Antonio Martínez en favor de Eustasio y María Jesús Martínez, por carecer de causa la institución, pues los agraciados no son hijos legítimos del testador; o

"B.—Es nula la institución de herederos hecha por Antonio Martínez en favor de Eustasio y María Jesús Martínez, en cuanto el monto de las dos asignaciones exceda a la cuarta parte de la masa de los bienes de que el testador podía disponer a su arbitrio.

"Decretado, de conformidad con lo pedido, el punto 3º se impone, como consecuencia, la declaración siguiente: La sucesión de Antonio Martínez, se terminará según las reglas de la sucesión intestada."

La sentencia de primer grado les fue desfavorable a los demandantes, absolviéndose por consiguiente a los demandados de todos los cargos de la demanda, por falta de pruebas, dice el Juez de la instancia.

La parte demandante se alzó de este fallo en apelación para ante el Tribunal Superior de Popayán, entidad ésta que revocó la sentencia de primera instancia, y en su lugar declaró probada la excepción perentoria de inepta demanda sustantiva, absolviendo por lo tanto a los demandados totalmente.

Las bases del fallo para declarar probada la excepción dicha, están consignadas en estos párrafos:

"Era lo indicado que, al impugnar el testamento y la partición de bienes de Antonio Martínez, la mencionada Martínez, interesada como heredera según la demanda, tenía que concurrir a velar por sus derechos hereditarios. Pero no es un error puramente procedimental el hecho de haber suprimido a María Jesús Martínez como demandada. La demanda atacaba algo sus-

tancial, como era la calidad de hija legítima de la Martínez y por consiguiente, su calidad de heredera de quien aparece como su padre legítimo. Se imponía forzosamente la presencia de ella en la secuela del juicio para atender a la defensa a fondo de sus derechos como hija legítima y como heredera del causante Antonio Martínez. El cesionario de que habla la demanda, además de que no se dice por qué y de qué es cesionario, no podía legalmente acudir a un debate sobre el estado civil de la Martínez y sobre los derechos a la herencia de su padre. Se iba a discutir algo sustancial en el juicio, a saber, el estado civil o relación de parentesco con Antonio Martínez, con respecto a Eustasio y María Jesús Martínez. Precisábase, pues, la concurrencia de la Martínez al juicio para establecer con ella lo tocante con su carácter de hija legítima y heredera, por consiguiente, de Antonio Martínez, materia de la litis.

"No habiéndose dirigido la demanda contra María Jesús Martínez, cuyo estado civil, entre otras cosas, iba a ser materia del debate judicial iniciado por la dicha demanda, se vino a dar pie para basar una excepción perentoria por inepta demanda sustantiva. Esta excepción no se formuló en el transcurso del juicio, pero es el caso de reconocerla en la sentencia, de conformidad con el artículo 343 del Código Judicial."

Contra esta decisión se interpuso el correspondiente recurso de casación que fue concedido y que hoy se estudia a pesar de que él no está debidamente ajustado a la ley procedimental que regula este recurso extraordinario.

Se consideran violados los artículos 1071 y 1072 del Código Civil y los artículos 11 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936. Estas disposiciones se refieren al lugar donde debe otorgarse el testamento, a los empleados y testigos ante quienes se otorga, a las formalidades que debe llenar y a las sanciones que impone la ley por falta de estos requisitos.

Ha de reconocerse que el recurrente acertó en el reparo que le hace al fallo del Tribunal de Popayán, lo que exonera a la Corte de estudiar los demás motivos, apoyada en la disposición 538 del Código Judicial, porque el quebrantamiento de los artículos 1071 y 1072 del Código Civil, 11 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, que el sentenciador dejó de aplicar, es motivo suficiente para casar el fallo totalmente.

Es de conveniencia transcribir lo pertinente de la memoria testamentaria de Antonio Martínez Martínez, en la parte en que ha sido materia del reparo hecho por el recurrente: "...con lo cual revoco y anulo otros cualquiera testamento, codicilo, poderes para testar que haya hecho antes de éste, los que quiero que no valgan y hagan fe ante la ley y para que se cumpla todo lo que aquí reza este mi testamento, he solicitado la presencia de los testigos que firman el presente que son los señores Gonzalo Constain, Pedro Idrobo, Plutarco Paz, Tomás López y a mi ruego por impedimento físico el señor Enrique Guevara, quienes se hallaron de presente, oyendo al testador hacer sus exposiciones y viéndolos escribir Guevara. Siendo que todos los testigos aquí firmados son mayores de edad, vecinos de este Distrito de Timbío y no tienen causal de tacha. El cual se firma en el punto de Los Robles, a veintisiete de noviembre de mil novecientos diez y nueve (1919). A ruego del testador señor Antonio Martínez de M., por impedimento físico (firmado), *Enrique Guevara.* Testigo (firmado), *Gonzalo Constain.* Testigo (firmado), *Pedro Idrobo.* Testigo (firmado), *Plutarco Paz.* Testigo (firmado), *Tomás López.*"

A vista de ojos aparece que el testamento solemne y nuncupativo del señor Martínez, otorgado en un lugar en que no había Notario, o en que faltó este funcionario, no se otorgó ante cinco testigos, como perentoriamente lo manda el artículo 1071 del Código Civil.

El criterio que ha de guiar a los Jueces para interpretar las cláusulas del testamento y apreciar las formalidades que él debe reunir para su validez, de acuerdo con las prescripciones legales, es el de la libertad de apreciación para que se respete y cumpla en cuanto sea posible la voluntad del testador. Esta debe prevalecer en toda circunstancia, pero tal criterio de autonomía interpretativa, no puede rehacer y echar a un lado las condiciones de que la ley civil rodea al acto testamentario para darle eficacia y hacer que se cumpla la voluntad del testador, siempre que ésta no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales.

En el caso de autos se ha faltado, sin lugar a duda, al requisito exigido por el artículo 1071, por cuanto el testamento no se otorgó ante cinco testigos, como puede verse por lo transcrito de la memoria testamentaria del señor Martínez. Es verdad que allí figuran cinco individuos que presenciaron el acto testamentario y se hicieron sabedores de las disposiciones hechas por el señor Martínez para que se cumplieran después de su muerte, pero falta un testigo, pues sólo cuatro aparecen firmando en esta calidad, y la otra persona, a nombre del testador y nó como testigo.

Podría decirse que habiendo cinco personas que se han hecho sabedoras de las disposiciones del testador aun cuando sólo cuatro de ellas figuren como testigos, y el otro, que ha firmado en representación del testador, se han llenado los requisitos del artículo 1071. Pero eso no es así. La ley en materia de testamentos y de las

condiciones que éstos deben llenar, es rigurosa. La falta de una de esas condiciones acarrea nulidad.

Hay una razón de analogía tan imperiosa para interpretar el artículo 1071 en el sentido literal de que el testamento solemne, no otorgado ante Notario, requiere necesariamente la presencia y firma de cinco individuos como testigos, y es el texto del aparte sexto del artículo 1080 que reglamenta las condiciones que debe llenar el testamento cerrado, para su validez. Dice ese aparte: "Si el testador no pudiere firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por él otra persona diferente de los testigos instrumentales, y si alguno o algunos de los testigos no supieren o no pudieren firmar, lo harán otros por los que no supieren o no pudieren hacerlo, de manera que en la cubierta aparezcan siempre siete firmas: la del testador, la de los cinco testigos y la del Notario".

Si en el testamento cerrado se requiere la firma de cinco testigos, y cuando el testador no sepa firmar, la de otra persona distinta de la de los testigos instrumentales, igual cosa habrá de aplicarse en el caso del artículo 1071, porque la razón es idéntica para exigir esa formalidad, ya se trate del testamento a que se refiere el artículo 1071 o de aquel a que hace mención el 1080. Con tanto mayor razón en tratándose de un acto en que no interviene ningún funcionario público en su otorgamiento, como es en el de que aquí se trata. Este procedimiento interpretativo tiene respaldo en el mandamiento del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que ordena que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las que regulen casos o materias semejantes.

De la exposición anterior se concluye que el testamento del señor Martínez no se otorgó con las formalidades que exige la ley en el precepto del artículo 1071, lo que conduce a la casación del fallo del Tribunal de Popayán.

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 Popayán, de fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y dos.

2º Revócase la sentencia de primera instancia proferida por el Juez 1º del Circuito de Popayán, de veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

3º Declárase nulo el testamento solemne y abierto, otorgado por Antonio Martínez M. en el paraje de Los Robles en el Municipio de Timbío, el veintisiete de noviembre de mil novecientos diez y nueve.

4º La sucesión del señor Antonio Martínez Martínez, se seguirá de acuerdo con las reglas sobre la sucesión intestada.

5º No se hacen las demás declaraciones pedidas en la demanda, por no ser el caso.

6º Sin costas.

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

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

Acción de nulidad de un juicio, de un remate, etc.

El contrato de hipoteca, que origina el derecho real, persecutorio y preferente, es contrato legalmente sometido a dos solemnidades igualmente indispensables para su existencia: el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el libro correspondiente de la Oficina de Registro dentro del término legal, requisito este último al que corresponde, además, el significado y función de la tradición del derecho real de hipoteca. Así está dispuesto en los artículos 2434 y 2435 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Son hechos originarios de esta controversia judicial:

Según consta en la escritura pública número 41 de 15 de enero de 1928, otorgada en la Notaría de Pueblorrico (Antioquia), Juan de Dios Ramírez se constituyó deudor de Melitón Betancur, a título de mutuo con interés, de la suma de $ 1.000, y para garantizar sus obligaciones de mutuario, le hipotecó un lote de terreno situado en el paraje de Campo Alegre, de la jurisdicción municipal de Pueblorrico, alinderado como allí se expresa.

Por medio de escritura pública número 344, otorgada en la Notaría del Circuito de Jericó el 8 de abril de 1929, Juan de Dios Ramírez vendió a Luis Norberto Vélez la prenombrada finca hipotecada a Betancur, con la obligación, para el comprador de pagar la deuda hipotecaria. El precio de esta venta fue la cantidad de $ 5.750, de los cuales recibió el vendedor $ 1.000 en dinero y $ 1.000, valor de la obligación en favor de Betancur. Por los $ 3.750 restantes se concedió plazo de cinco años con intereses a la rata estipulada y para garantizar su pago, Luis N. Vélez constituyó hipoteca sobre la misma finca comprada. Esta escritura, traída a los autos a pedimento del actor, aparece solamente registrada en el Libro número 1º, tomo 1º, partida 365 de la Oficina del Circuito de Jericó.

En junio de 1930, ante el Juzgado Civil del Circuito de Jericó, Melitón Betancur inició demanda ejecutiva contra Luis N. Vélez para el cobro de su obligación hipotecaria, juicio éste que culminó con el remate de la finca hipotecada en el cual se le adjudicó al ejecutante por cuenta de su crédito.

Melitón Betancur vendió la finca rematada a la sociedad conyugal Roberto Laverde-Carmelina Toro por escritura número 248 de 21 de julio de 1934, de la Notaría de Pueblorrico.

Esta la vendió a la sociedad conyugal Roberto Cadavid-Ana María Pérez por escritura número 369 de 13 de diciembre de 1937 de la misma Notaría.

Y Pedro José Sierra, actual poseedor, compró el mismo inmueble a la sociedad conyugal últimamente nombrada por escritura número 161 de marzo de 1938, otorgada en la Notaría de Jericó.

Por medio de documento privado suscrito en Pueblorrico el 16 de septiembre de 1939, los herederos de Juan de Dios Ramírez cedieron a Eusebio N. Vélez el crédito hipotecario que consta en la escritura 344 de 8 de abril de 1929, a cargo de Luis N. Vélez. "No entregamos el título por haberlo perdido —se lee al final del documento—, pero autorizamos al cesionario para que en su carácter de tal obtenga una segunda copia de él. Hacemos constar que ese título pudo ser cancelado por orden del Juez pero de manera irregular. La cesión la hacemos a título de venta y por valor que nos será cubierto por Vélez, tan pronto como éste reciba el valor del crédito cedido."

Con estos antecedentes, el cesionario Eusebio N. Vélez, por medio de apoderado y en libelo de fecha 5 de octubre de 1939 demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Jericó a Melitón Betancur, en su carácter de ejecutante y rematador, a Luis Norberto Vélez, como ejecutado, a José Sierra O., como actual poseedor de la finca rematada, para que con su citación y audiencia se hicieran las diez declaraciones, que en seguida se sintetizan:

Que es nulo lo actuado en el juicio ejecutivo seguido por Melitón Betancur contra Luis N. Vélez en el Juzgado 1º del Circuito de Jericó, desde el auto de 11 de diciembre de 1933, "porque

de ahí en adelante se pretermitieron formalidades de rigor de carácter sustantivo y adjetivo que llevaron al desconocimiento de derechos de otros acreedores hipotecarios.

Que son absolutamente nulos la diligencia de remate verificada en ese juicio el 28 de junio de 1934; el auto aprobatorio de esta diligencia; la orden que en dicho auto aparece sobre inscripción de la diligencia de remate; la orden de cancelación de las hipotecas que gravaban el inmueble rematado, en favor de Juan de Dios Ramírez y Melitón Betancur; y la orden de cancelación de sus registros.

Que la escritura número 344 del 8 de abril de 1929 no perdió su valor por la orden de cancelación dada por el Juez del Circuito, y es instrumento suficiente para cobrar la deuda con la garantía específica que constata, y que, por tanto, este instrumento recobra su valor intrínseco y extrínseco.

Que, en consecuencia, se ordene la cancelación de las inscripciones de las diligencias cuya nulidad se pide, y la reviviscencia de las hipotecas que gravaban el inmueble al tiempo del remate.

Que las tradiciones hechas por virtud de las escrituras 161 de 26 de marzo de 1938; 369 de 13 de diciembre de 1937 y 248 de 21 de julio de 1934 carecen de valor legal y deben cancelarse por estar afectadas de nulidad y ordenar la cancelación de sus respectivos registros.

Y que, como consecuencia de todas las anteriores solicitudes se declare que la mencionada finca alinderada como aparece en la diligencia de remate no ha salido del patrimonio de Luis Norberto Vélez.

Se fundamentan estas peticiones del libelo en el hecho de que en el juicio ejecutivo adelantado por Melitón Betancur contra Luis Norberto Vélez se pretermitieron formalidades sustantivas y adjetivas cuya omisión sirve de causa a las nulidades impetradas, y que se hace consistir en que el remate en la referida ejecución se llevó a efecto sin que se hubiera citado personalmente a Juan de Dios Ramírez, como lo mandan los artículos 2452 del Código Civil y 1036 del Judicial, como acreedor que tenía constituída hipoteca sobre la misma finca, como se acreditó con el certificado del Registrador del Circuito de Jericó, de fecha 3 de junio de 1933, llevado oportunamente al juicio ejecutivo.

Trabada la controversia con la oposición de los demandados y agotado el procedimiento de la primera instancia, el Juzgado del Circuito, en sentencia que lleva fecha 16 de diciembre de 1940, decidió:

"1º Se declara que no están probadas las excepciones propuestas por los demandados Melitón Betancur y Pedro José Sierra, por medio de sus apoderados en este juicio.

"2º Se declara procedente la tacha formulada al testimonio del doctor Gabriel Pérez Roldán.

"3º Es absolutamente nula la orden de cancelación de la hipoteca constituída en favor de Juan de Dios Ramírez, según escritura número 344 de 8 de abril de 1929, otorgada en la Notaría de este Circuito.

"4º Se declara que la mencionada escritura número 344 no perdió su valor en virtud de la orden de cancelación dada por este Juzgado y que es instrumento suficiente para cobrar la deuda con la garantía específica constada en ella.

"5º Se ordena la cancelación de la escritura número 468 de 28 de julio de 1934, otorgada en la Notaría de este Circuito en obedecimiento al oficio emanado de este despacho, marcada con el número 69, y se ordena igualmente la cancelación del registro de dicha escritura. Ofíciese para el efecto a los señores Notario y Registrador de este Circuito.

"6º No se hacen las demás declaraciones pedidas."

Sentencia acusada.

La oportuna apelación que contra esta sentencia de primer grado interpusieron ambas partes, llevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que lo decidió definitivamente en sentencia del 31 de enero del año que corre, revocando la apelada, y denegando, en consecuencia, todos los pedimentos de la demanda. Sin costas.

Muy sencillamente plantea el Tribunal el desenlace del litigio. Considera que las diez peticiones de la demanda se sustentan originalmente en el hecho de que la finca rematada por Melitón Betancur en el ejecutivo contra Luis Vélez estaba también gravada para entonces con hipoteca a favor de Juan de Dios Ramírez, y resulta que este contrato accesorio no existe porque no fue sometido al registro. En los siguientes apartes está contenida totalmente la fundamentación del fallo acusado:

"Pleito reñido, costoso y baldío porque carece de base, como que no existe el gravamen hipotecario de Vélez en favor del finado Ramírez, lo que echa a tierra toda esta inútil armazón; inexistencia aquélla en que no han parado mientes los interesados, los abogados, ni el fallador de la primera instancia. El Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Jericó certifica que la escritura número 344 ya citada fue registrada al folio 257 del libro número 1º, tomo 1º, el 16 de junio de 1929, bajo la partida número 365; que sobre la propiedad a que esa escritura se refiere no pesan otros gravámenes que la orden de pago dada en el ejecutivo de Betancur contra Vélez, el 6 de abril de 1934, y una hipoteca constituída por Justiniano Posada en

favor de Juan P. Arango, en escritura de 25 de mayo de 1914, por $ 1.200 oro inglés amonedado, sobre el predio íntegro del cual hacía parte el de que ahora se trata, y agrega dicho Registrador:

"13. Que con excepción hecha de los dos gravámenes anotados en los números 11 y 12 de este certificado (el embargo y la hipoteca que se acaban de citar), el predio ya individualizado está libre de censo, otras hipotecas, otro embargo judicial, registro por demandas civiles, pleito pendiente, derechos de usufructo, uso y habitación, anticresis, fideicomisos, arrendamiento por escritura pública, prenda agraria, prenda industrial, condiciones resolutorias y constitución de patrimonio de familia no embargable."

Cierto que en la escritura número 344 gravó Vélez R. la finca que compró a Ramírez y en favor de éste con hipoteca para garantizar el pago de los $ 3.750 que quedaba a deber. Pero ese título estaba sometido al registro (artículo 2652, ordinal 3º del Código Civil), dentro de los noventa días siguientes al del otorgamiento, so pena de que pasado ese tiempo no pudiera ser registrado (Ley 56 de 1904, artículo 12) y en el libro de anotación de hipotecas (artículo 2641 del Código Civil). Y remacha el artículo 2673 ibídem: "Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código."

De esto deduce el Tribunal, que no había lugar a hacer en el ejecutivo a que se ha hecho referencia las citaciones que echa de menos el demandante y en cuya omisión funda su demanda de nulidad, y califica, en estas circunstancias, de imposible jurídico, la orden de revivicencia de un gravamen hipotecario inexistente.

El recurso.

Interpuso contra esta sentencia de segunda instancia recurso de casación el apoderado de la parte demandante, recurso que hoy recibe decisión por estar agotados sus trámites legales.

Se apoya en la primera de las causales del artículo 520 del Código Judicial y se acusa la sentencia por violación de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 756, 759, 1740, 2352 (sic), y 2452 del Código Civil, 181 de la Ley 56 de 1904 y 451, numeral 2º, y 1036 del Código Judicial, por haber el Tribunal negado valor a la hipoteca constituída con la plenitud de los requisitos exigidos por la ley. Estima también el recurrente que el sentenciador incurrió en las violaciones legales que le imputa por haberse equivocado en la apreciación del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, a que alude en su sentencia, porque no es posible deducir del hecho de que en un certificado expedido en un momento dado, no aparezca la hipoteca, que ésta no existe ni ha existido nunca; de la escritura número 344 del 8 de abril de 1929, y del oficio número 69, de fecha 24 de julio de 1934, dirigido por el Juez del Circuito de Jericó al Notario Público de ese lugar, del cual se deduce que la precitada escritura fue debidamente registrada en cuanto a la hipoteca en ella constituída.

Alude también el recurrente, refiriéndose a falta de apreciación probatoria, "a la prueba indiciaria", sin señalar ni mencionar ningún indicio, "a que se acudió en vista de la imposibilidad de llevar al juicio la copia de toda la actuación en el ejecutivo de Betancur contra Vélez, ya que ese expediente fue destruído por el incendio ocurrido en el Juzgado del Circuito de Jericó, del cual hay constancia en el expediente."

Se consideran los cargos.

Evidente como es la situación probatoria que tuvo a la vista el Tribunal y que le sirvió de fuente a sus conclusiones jurídicas, obviamente acertada resulta la fundamentación de su sentencia, y bien desquiciada la del primer grado del juicio, que inopinadamente planteó el problema del pleito en torno de la cuestión de si realmente se notificó o nó a Juan de Dios Ramírez, en su calidad de acreedor hipotecario, la existencia del juicio promovido por Betancur, y en que fue embargada la misma finca hipotecada, sin detenerse a considerar la existencia de la hipoteca, que es base esencial de la controversia, puesto que al establecimiento probatorio de este punto se subordina lógicamente la prosperidad de la acción y la totalidad de los pedimentos de la demanda. Exactamente ajustada a la realidad de los autos es la afirmación que hace el Tribunal de que la hipoteca de que da noticia la escritura pública número 344 del 8 de abril de 1929, de la Notaría de Jericó, constituída por Luis N. Vélez a favor de Juan de Dios Ramírez para garantizarle parte del precio de la finca que por ese mismo instrumento le compró, no está registrada, en cuanto al gravamen hipotecario se refiere, como lo manda la ley. La copia de esa escritura, traída al juicio en la forma legal, no exhibe nota de registro sino en lo relacionado con la compraventa, y del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados correspondiente, que abarca el lapso comprendido entre el 4 de octubre de 1909 a la misma fecha de 1939, no aparece tampoco la inscripción de la hipoteca en cuestión.

Y no apareciendo esta inscripción en el libro pertinente de la oficina de la ubicación del inmueble, la hipoteca no existe. Este contrato

accesorio, que origina el derecho real, persecutorio y preferente, es contrato legalmente sometido a dos solemnidades igualmente indispensables para su existencia: el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el libro correspondiente de la Oficina de Registro dentro del término legal, requisito este último al que corresponde, además, el significado y función de la tradición del derecho real de hipoteca. Así está dispuesto en los artículos 2434 y 2435 del Código Civil, que rezan:

"La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede."

"La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción."

La prueba de las solemnidades legales es el cumplimiento mismo de los requisitos que con tal carácter establece la ley, y no puede hacerse consistir en meras inducciones lógicas como lo pretende el recurrente. Si registró la hipoteca o no se registró. Si lo primero, en el certificado del Registrador, que abarca el tiempo en que debió ser inscrita, debió aparecer. Y no está tampoco demostrado en autos que por orden judicial se cancelara la inscripción que oportunamente se hiciera de la hipoteca, porque a este respecto lo que obra en autos es una nota dirigida por el Juzgado primero del Circuito de Jericó al Notario Público de allí, en que le dice que se sirva "cancelar en cuanto a la hipoteca la escritura número 344 de 8 de abril de 1929". Este documento, que no revela la causa de la orden judicial de cancelación, nada prueba respecto del registro de la hipoteca de que se trata, y al proceso no se ha traído el certificado que debió expedir el Notario, con destino al Registrador, para que fuera cancelada su inscripción. Se hace referencia en el hecho 9º de la demanda, a un certificado, de fecha 3 de junio de 1933, que se dice obró en el ejecutivo de Betancur contra Vélez y en el cual aparecía inscrita la hipoteca, pero tal certificado está ausente del proceso. Y no es fácilmente explicable, si realmente existió, que no se haya reproducido en este juicio, porque la Oficina de Registro no fue la víctima del incendio que se aduce como causa justificativa de la pobreza probatoria de este juicio.

Jurídicamente invulnerables las razones en que asienta el Tribunal su conclusión sobre inexistencia del contrato accesorio de hipoteca, que desde luégo en nada afectan la acción personal inherente al crédito constante en la escritura número 344, los cargos de ilegalidad que se le formulan carecen de fundamento. En estas condiciones no hay objeto en hacer referencia a las consideraciones que el recurrente dedica a demostrar la existencia de la causal de nulidad en que se incurrió en el ejecutivo de Betancur contra Vélez por no haberse citado a Ramírez.

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 31 de enero de 1944, que ha sido materia de este recurso.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

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

Acción petitoria de pago de perjuicios por culpa extracontractual.— Renuncia y desistimiento .—Error.

1. Los términos de una renuncia, o de un desistimiento, deben ser siempre claros y expresos, aunque no se empleen términos sacramentales; pero del texto debe aparecer con toda evidencia la expresión de la voluntad al respecto de quien renuncia o desiste. Por meras presunciones no puede configurarse una renuncia o desistimiento.

2. Como lo ha dicho en numerosas ocasiones la Corte, no es cualquier error el que conduce a quebrar el fallo, sino el manifiesto y evidente, que debe tener las características ya mencionadas. Si así no fuera, sería la Corte un tribunal de instancia, aun cuando no casara el fallo. El recurso extraordinario se convertiría en instancia en lo que se refiere al análisis de las pruebas.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Justino Beltrán demandó a la Compañía de Samacá, sociedad comercial anónima, para que con su citación y audiencia, y previos los trámites de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

Que dicha Sociedad es responsable, por culpa civil, de la ruptura del muro de la represa de "El Rabanal", construída por dicha Sociedad para el servicio de su fábrica de hilados y tejidos, aprovechando las aguas del río Gachaneca, jurisdicción del Municipio de Samacá, Departamento de Boyacá, ruptura que tuvo lugar el 1º de noviembre de 1936, y es responsable por consiguiente del desbordamiento de las aguas mencionadas. Que dicha Sociedad como consecuencia de la responsabilidad a que se alude en la petición anterior, es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados al demandante en sus propiedades situadas en el Municipio de Samacá, las cuales fueron inundadas por las aguas y arrasadas las sementeras y cultivos que el actor tenía en sus predios, los que determinó en el cuerpo de la demanda.

En derecho fundamentó su demanda en los artículos 2341 y 2356, entre otros, del Código Civil, y como hechos fundamentales adujo el de la ruptura de la represa, el consistente en que la Compañía no se ciñó a las condiciones técnicas para garantizar la solidez y estabilidad de la obra, en la inundación de sus predios que le destruyeron sus cultivos.

Las pretensiones de la parte actora triunfaron totalmente en la primera instancia, y por eso el Juez *a quo*, 3º del Circuito en lo Civil de Bogotá, en sentencia de 8 de mayo de 1942 declaró a la Sociedad demandada responsable, por culpa civil, de la ruptura del muro de la represa de "El Rabanal" y la condenó a pagarle como indemnización, lucro cesante y daño emergente, la suma de $ 8.767 moneda corriente.

Este fallo fue apelado por el personero de la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, lo confirmó en sentencia de 29 de noviembre de 1943 contra la cual interpuso recurso de casación la parte desfavorecida.

El recurso fue concedido, se ha tramitado debidamente y pasa hoy a fallarse.

El Tribunal encontró demostrados los perjuicios que alega el demandante y también la relación de causalidad entre la culpa y el daño causado, por lo cual y por aplicación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil llegó a la confirmación de la sentencia. Analizó dos cartas dirigidas la una al Administrador de la Fábrica de Hilados y Tejidos de Samacá, fechada en esa población el 22 de noviembre de 1937 y la otra al Gerente de dicha Compañía, fechada también en esa población el 30 de diciembre de ese año y suscritas entre otros por el demandante Beltrán en que manifiestan su pesar por el siniestro y protestan a la vez porque algunos individuos querían descargar las responsabilidades sobre la Compañía percibiendo indemnizaciones.

No encontró el fallador de Bogotá que estas cartas puedan interpretarse como un desistimiento de posibles y futuras reclamaciones del demandante ni que las demás pruebas que al respecto adujo la Compañía, demuestren esa interpretación.

La Compañía demandada propuso la excepción de prescripción de corto tiempo consagrada en la parte final del artículo 2358 del Código Civil; pero el fallador encontró que no era pertinente esa defensa, por cuanto no se trata de la obra ejecutada por un tercero, sino que debe entenderse como realizada por la misma Compañía, puesto que fue ejecutada por sus agentes y dependientes.

El recurrente hace dos cargos a la sentencia, **fundado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.**

Es el primero, el de violación de los artículos 2341, 2356 inciso 2º, 2469 y 2470 del Código Civil por haber el Tribunal incidido en error de derecho al apreciar el mérito de varias pruebas. Es el segundo, el de violación, por falta de aplicación, del inciso 2º del artículo 2358 de la obra citada.

Las pruebas que el recurrente considera que fueron erróneamente apreciadas, consisten en las cartas de 29 de noviembre y 30 de diciembre ya mencionadas. El recurrente cree encontrar en ellas un desistimiento y hasta una transacción por parte del demandante. Pero vistas y leídas tales cartas, no puede llegarse a esa conclusión, porque si es cierto que Beltrán, además de manifestar su sentimiento por el desastre que sufrió la empresa, protesta contra los que quieren aprovecharse de ese lamentable incidente para cobrar indemnizaciones, no se ve que esto sea la premisa necesaria de la que pudiera deducirse que Beltrán exonera de toda responsabilidad a la Compañía y que renuncia a la acción pertinente, al derecho de reclamar perjuicios. Los términos de una renuncia, o de un desistimiento, deben ser siempre claros y expresos, aunque no se empleen términos sacramentales; pero del texto debe aparecer con toda evidencia la expresión de la voluntad al respecto de quien renuncia. o desiste. Por meras presunciones no puede configurarse una renuncia o desistimiento.

Dados los términos de las cartas, de los cuales evidentemente no aparece siquiera tácitamente que Beltrán renunciara o desistiera de cualquier reclamo posterior, no puede concluirse que el Tribunal hubiera incurrido en error evidente de hecho en la apreciación de esas cartas, porque ese error, para que sea susceptible de casación, debe ser claro, palmario, que surja sin ninguna duda. De modo que una carta o un documento que sean ambiguos, no dan en su interpretación una resultante de error manifiesto, a menos que otras pruebas o documentos del proceso hagan ver lo contrario.

En casación, como lo ha dicho en numerosas ocasiones la Corte, no es cualquier error el que conduce a quebrar el fallo, sino el manifiesto y evidente, que debe tener las características ya mencionadas. Si así no fuera, la Corte sería un tribunal de instancia, aun cuando no casara el fallo, el recurso extraordinario se convertiría en instancia por lo que hace al análisis de las pruebas.

Cuando de la interpretación que da el Tribunal a una prueba del proceso, no se deduce un error manifiesto, la Corte no puede variar esa apreciación, por lo ya expresado.

Además, en el proceso no existen pruebas que den asidero para interpretar las cartas en el sentido en que lo sostiene el recurrente. Esto lo afirmó el Tribunal también y no hay error de ninguna clase en esa afirmación.

La demanda no alega como causa eficiente las inundaciones periódicas del río Gachaneca sino que ella está basada en la destrucción de la muralla con lo cual se produjo la inundación en el valle. La relación de causalidad que se alega y que se demostró, consiste en el perjuicio causado por la inundación, procedente ésta del hecho de la ruptura de un muro de la represa. Esto hace ver más de bulto que las cartas que ha aducido la parte demandada, no tienen en este juicio, dada la manera como se planteó la acción, las súplicas de la demanda y los hechos que la sustentan, la incidencia o importancia que la parte que presentó esas cartas les asigna.

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

El recurrente en el mismo capítulo primero, cree encontrar otros errores de hecho de donde deduce la violación de los artículos citados.

Pasa, pues, la Corte a estudiar esos cargos:

Sostiene que el Tribunal no tuvo en cuenta que el demandante Beltrán había vendido la mayor parte de la finca en los años de 1937 y 1938. El ataque va dirigido contra el dictamen pericial fundado en la premisa que acaba de indicarse.

Pero basta considerar dos elementos, comprobados en los autos, para concluír que el Tribunal no incidió en el error que apunta el recurrente. En la demanda claramente dijo el demandante a qué parte de su predio, a qué porciones se referían los daños, por haber vendido otras a terceros, y también manifestó que el lucro cesante que demandaba no comprendía sino los perjuicios sufridos, desde la inundación, por la ruptura de la represa, hasta la fecha en que vendió parte de ese predio.

Los peritos tuvieron en cuenta esa manifestación, consideraron los perjuicios, teniendo en cuenta la destrucción de las sementeras y cultivos en la parte de la finca de que era dueño Beltrán, y el lucro cesante lo estimaron desde la fecha de la inundación hasta el de la venta.

El Tribunal aceptó el dictamen pericial, expresó las razones de esa aceptación, y teniendo en cuenta lo que está demostrado en autos, no

encuentra la Corte ningún error manifiesto de hecho al respecto, como tampoco ningún error de derecho al haber aplicado para el caso el artículo 721, inciso 1º del Código Judicial.

El otro error manifiesto de hecho que cree encontrar el recurrente consiste en la apreciación, hecha por el fallador, para deducir la culpa de la empresa demandada por la construcción de la represa.

Mas en este extremo no puede haber siquiera la menor vacilación para concluir que el Tribunal obró ciñéndose estrictamente al haz probatorio al respecto, porque está demostrado que la Compañía demandada no se ciñó a las especificaciones que para la construcción de la represa dio el Ministerio del Trabajo, y no sólo esto, sino que contra el concepto de los técnicos elevó el muro de la represa, sin hacer antes las obras que esa elevación requería. En el proceso se hallan esos documentos que son de una claridad meridiana, a lo que se agrega que está demostrado que los planos y estudios de la represa no fueron aprobados, como debían serlo, por la autoridad competente.

Los cargos contenidos en el primer capítulo, no pueden por lo tanto prosperar.

En el segundo sostiene el recurrente que la acción entablada por Beltrán contra la Compañía, está prescrita, porque la demanda fue instaurada tres años después del derrumbe de la represa. El recurrente cree, y en eso funda el cargo, que en el caso presente se trata de la responsabilidad extracontractual indirecta a que se refiere la última parte del artículo 2358 del Código Civil.

Mas esta tesis no puede sostenerse por lo siguiente: Porque la Sociedad demandada, al construír la represa, obró directamente por sí y para sí; porque los constructores y empleados en la obra eran dependientes y subordinados de la Compañía, de modo que no se está en el caso, como lo apunta el Tribunal, de una obra que, aunque ejecutada por cuenta de la Compañía, hubiera sido adelantada y ejecutada de una manera independiente respecto de ella. No fue un tercero quien ejecutó la obra, sino la misma Compañía, y siendo esto así, la prescripción no es la de tres años señalada por el inciso último del artículo que acaba de citarse, sino la ordinaria de que trata la primera parte de esta norma.

Además, la anterior ha sido la doctrina de la Corte consagrada en varios fallos, entre otros, el de 30 de abril de 1941 (*Gaceta Judicial*, tomo LI, páginas 235 a 239) y como lo observa el opositor, en un caso semejante al actual, en el ordinario seguido por Federico Rodríguez contra la Compañía de Samacá, aún no publicado, se sostuvo la misma doctrina.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

Acción para el pago de una suma de pesos

1. No obstante la prohibición del artículo 351 del Código Judicial, si el Juez no cumple con el deber de exigir oportunamente a la parte interesada que revalide el papel común utilizado en la secuela y continúa resolviendo sus peticiones, sin reclamación ninguna de la contraparte interesada en que se aplique la sanción al renuente, en tales condiciones ésta adquiere el derecho a que se le continúe oyendo, y de este modo el Juez no puede, extemporáneamente y ya avanzado el procedimiento, aplicar la sanción de no ser oída a la parte renuente.

2. Ha dicho la Corte de manera reiterada y constante que la convicción indicial cae bajo la esfera de apreciación del fallador de instancia, de manera que no es dado variarla en casación sino en el caso de que haya errado con error de hecho evidente o con error de derecho en la apreciación de los elementos probatorios sobre que se apoyan los indicios. También ha dicho la Corte en repetidos fallos que la prueba de indicios escapa más que otra alguna en casación al cargo de apreciación indebida o errónea. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio o su descalificación, por ejemplo, por falta de conexión lógica con el hecho que se quiere demostrar.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

Los hechos en que el demandante Calderón apoya su acción, los describe en su libelo así:

"a) En el año de 1933 fui estafado en mis intereses y por la suma de seis mil quinientos ochenta pesos ($ 6.580) por un señor que decía llamarse Jesús Buriticá, y cuyo verdadero nombre era el de Juan Clímaco Arenas H., quien obraba en asocio de otro señor que decía llamarse Luis Smith.

"b) El 17 de mayo de 1933 formulé ante la Sección 2ª de la Policía Nacional, el correspondiente denuncio criminal, del cual le tocó conocer al señor Juez 8º de la misma Policía Nacional.

"c) Al ser detenido el señor Arenas o Buriticá, y requisado por el Cabo de Llaves de la Policía, se le encontraron los dos mil cuatrocientos treinta pesos ($ 2.430) que en el curso del sumario probó el actor que eran de su propiedad.

"d) En vista de todas las pruebas llevadas al sumario, el señor Juez 2º Superior de Bogotá, a quien le correspondió conocer de este negocio, en providencia de fecha 18 de diciembre de 1933, le concedió la tenencia provisional del dinero de que se viene hablando.

"e) La aludida providencia, en que se dio la tenencia provisional del dinero en cuestión, fue confirmada por el Tribunal Superior, con fechas 30 de abril de 1934 y 31 de julio del mismo año.

"f) Aduzco además como hechos, todos los que figuran en el sumario antes aludido."

El proceso.

El señor Miguel Calderón promovió ante el señor Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá la presente causa ordinaria contra el señor Jesús Buriticá o Juan Clímaco Arenas H., mayor de edad y vecino de esta ciudad, con el fin de obtener sentencia definitiva que declare:

"Primero. Que soy dueño absoluto y exclusivo, de la suma de dos mil cuatrocientos treinta pesos ($ 2.430), cuya tenencia provisional se me dio por el Juzgado 2º Superior de Bogotá, de acuerdo con providencia de dicho Juzgado de fecha 18 de diciembre de 1933, dictada dentro del sumario que por el delito de estafa perpetrado en mis intereses, por suma mayor, promoví contra el nombrado señor Jesús Buriticá o Juan Clímaco Arenas H.

"Segundo. Que la nombrada suma de dos mil cuatrocientos treinta pesos ($ 2.430), por ser y haber sido siempre de mi exclusiva propiedad, debe quedar en mi poder, no en forma provisional sino en forma definitiva.

"Tercero. Que sobre la nombrada suma de dos mil cuatrocientos treinta pesos ($ 2.430) de que se viene hablando, no tiene el señor Jesús

Buriticá o Juan Clímaco Arenas H., derecho alguno de propiedad.

"Cuarto. Que si el nombrado señor Jesús Buriticá o Juan Clímaco Arenas H. se opone a que se hagan por ese Juzgado las anteriores declaraciones, se le condene a las costas y gastos de este juicio.

"Quinto. Que una vez hechas las declaraciones anteriores, así como de la iniciación de este juicio, se dé parte a los Juzgados 2º y 4º Superiores de Bogotá, en lo penal.

El demandado Arenas propuso, a su vez, demanda de reconvención, en la cual impetraba estas declaraciones: a) Que tiene la posesión de la susodicha cantidad de dos mil cuatrocientos treinta pesos; b) Que Calderón retiene indebidamente la expresada suma de dinero; c) Que como consecuencia, Calderón debe restituírsela; d) Que la expresada cantidad le debe ser entregada por el Juez 4º Superior de Bogotá; e) Que Calderón debe pagarle los frutos civiles de la expresada suma en la forma legal; f) Que Calderón debe pagarle los perjuicios morales y materiales que le ha causado por haberlo denunciado como estafador; g) Que Calderón está obligado a cubrirle las costas que tuvo necesidad de erogar a causa del denuncio criminal y está en la obligación de pagarle las costas de este juicio, si se opusiere a la demanda.

Desató la primera instancia el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, por medio de sentencia fechada el 2 de septiembre de 1942, en la cual accedió a las principales peticiones suplicadas en la contrademanda y, en consecuencia, declaró al demandado Clímaco Arenas poseedor y propietario de la cantidad de dinero materia del litigio; ordenó al Banco de la República, donde estaba depositada, la entrega de la suma cuestionada; y condenó al actor Calderón a pagar la cantidad de dos mil pesos, valor de la indemnización de toda clase de perjuicios causados al demandado Arenas con motivo de la acusación por estafa. No hizo condenación en costas.

La sentencia acusada.

Del anterior fallo apeló la parte actora y tramitada la segunda instancia, le puso fin el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con la sentencia de 14 de octubre de 1943, que viene a ser la providencia acusada en casación, en la cual revocó en todas sus partes el fallo apelado y en su lugar declaró que el actor Calderón es dueño de la suma materia de este litigio, cuya tenencia provisional le había sido dada por el Juzgado 2º Superior de Bogotá y que éste consignó a órdenes del Juez *a quo* en el Banco de la República; ordenó la entrega de la referida cantidad al actor Calderón; declaró que no es el caso de acceder a ninguna de las súplicas de la demanda de reconvención presentada por el demandado y condenó a éste en las costas de este proceso, en las dos instancias.

Funda el Tribunal su decisión anterior en los razonamientos que pasan a extractarse:

El Juez de la causa en lo criminal concedió al actor Calderón la tenencia provisional de la mencionada cantidad de dos mil cuatrocientos treinta pesos, por haber justificado suficientemente, aunque en forma sumaria, la calidad de propietario o poseedor de tal cantidad de dinero. Como el sobreseimiento decretado a favor de Arenas, sigue el Tribunal, sólo fue temporal debido a insuficiencia probatoria, todavía estaría abierta la investigación criminal a no ser por la posterior declaración de prescripción de la acción penal, fundada en que había transcurrido el término señalado para su extinción por nuestra ley penal. Declarar prescrita la acción penal no es lo mismo que absolver a los sindicados; la prescripción significa que por el transcurso del tiempo ha quedado libertado el acusado de la acción que nace del delito, cosa distinta a que se hubiera dictado auto de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, del mismo carácter, por no haber sido comprobado el cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado.

Agrega el Tribunal que debe considerarse como una expresión fiel de la verdad lo sostenido en el auto de sobreseimiento, donde consta el hecho de que a Calderón se le cambiaron por el Banco Alemán Antioqueño cinco mil pesos en billetes de diez y cinco pesos por otros billetes de a cincuenta y cien pesos. Hecho éste sobre el cual existe la confesión del mismo Arenas. Agrega que la cuestión de la tenencia de dicha suma fue resuelta por el Tribunal después de un examen profundo y es de orden social que no se vuelva sin motivo sobre una resolución adoptada por el Juez del orden represivo. El Tribunal encuentra que Calderón tenía el dinero en el momento de presentar su petición sobre tenencia de éste, a título precario, pero esta tenencia se le había dado por el funcionario porque de los autos aparecía que había probado su derecho. Y este derecho, según lo enseña el artículo 40 de la Ley 169 de 1896, es el de propiedad o posesión.

Al contestarse los cargos presentados en casación se harán conocer otros argumentos de la sentencia acusada, a favor del mejor derecho de Calderón sobre la suma decomisada a Arenas.

Recurso de casación.

Se alza en casación el demandado Arenas y acusa la sentencia anterior del Tribunal con fundamento en los motivos primero y sexto de los consagrados en el artículo 520 del Código Judi-

cial, por considerarla violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa e interpretación errónea (motivo primero); y por cuanto se incurrió en causal de nulidad consistente en la incompetencia de jurisdicción del Tribunal, de que trata el artículo 448 del Código Judicial, nulidad que no ha sido saneada de conformidad con la ley (motivo sexto). Se pasan a estudiar los dos cargos presentados.

Primer cargo. Lo funda el recurrente en que en el cuaderno cuarto del expediente, que contiene las pruebas del demandante, se hallan dos hojas de papel común sin revalidar y dicha revalidación ha debido hacerse por el actor Calderón después de la sentencia de primera instancia, a más tardar. Sin revalidar esas dos hojas de papel la misma parte actora apeló del fallo de primer grado y se le concedió la apelación. Posteriormente el Tribunal dictó su fallo materia de este recurso sin advertir la omisión anotada.

Como según el artículo 351 del Código Judicial, la parte renuente no es oída mientras no revalide el papel común, el Juez no ha debido concederle el recurso de apelación que interpuso el demandante y el Tribunal no adquirió legalmente jurisdicción para conocer de la segunda instancia. En consecuencia se ha incurrido en la causal de nulidad que enumera el ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial, o sea la de incompetencia de jurisdicción y haberse incurrido en tal nulidad constituye el motivo sexto de casación.

Se considera:

Ya esta Sala tuvo la oportunidad de resolver un caso similar en decisión de 16 de diciembre de 1937 (*Gaceta Judicial,* tomo XLVI, páginas 34 a 40). Tanto en dicha providencia como en un salvamento de voto se sostuvo la tesis de que si el Juez, no obstante la prohibición del artículo 351 del Código Judicial, no cumple con el deber de exigir oportunamente a la parte interesada que revalide el papel común utilizado en la secuela y continúa resolviendo sus peticiones, sin reclamación oportuna de la contraparte interesada en que se aplique la sanción al renuente, en tales condiciones ésta adquiere el derecho a que se le continúe oyendo y de este modo el Juez no puede, extemporáneamente y ya avanzado el procedimiento, aplicar la sanción de no ser oída a la parte renuente.

En la providencia citada anteriormente se dijo que "aplicando la teoría expuesta al caso concreto de la revalidación del papel común, el Juez, de acuerdo con el texto mismo del artículo 351 del Código Judicial, debiera ordenar la inmediata ejecución de ese acto con la prevención de ser ello un requisito indispensable para oír a la parte. Aun en la hipótesis de no fijarse término al acto constitutivo dicho, éste debe entenderse de ejecución inmediata, conforme al artículo 357 ibídem."

De lo expuesto se deduce que no es ahora la oportunidad de darle aplicación a la sanción fiscal que consagra el artículo 351, desplazada por el hecho de haber continuado y finalizado la actuación de las dos instancias del proceso. En todo caso, lo pertinente sería que recayera la sanción fiscal sobre el Juez que dejó de cumplir en su oportunidad ese deber y siguió oyendo a la parte renuente. (Artículo 22, Ley 20 de 1923).

Por lo expuesto, se rechaza este cargo.

Segundo cargo. A.—Violación directa de los artículos 762, 769, 946, 952 y 1757 del Código Civil. Lo funda en que el actor Calderón no ha demostrado ser propietario del dinero materia de la controversia y sin embargo la sentencia acusada sostiene que el actor Calderón es el poseedor de dicha cantidad. Que resolviendo así la cuestión, el Tribunal ha incumplido el principio universal de que sobre el actor recae la carga de la prueba, echándola sobre el demandado; y esa demostración de ser poseedor del dinero no la ha dado el pretendido dueño señor Calderón.

Se considera:

No es fundado este reparo que se hace a la sentencia acusada.

Lejos de eso, el actor Calderón sí demostró que era poseedor de la suma de dinero que se halló en poder de Arenas cuando éste fue detenido y más tarde requisado en la Policía Nacional. También se evidenció que los billetes decomisados a Arenas eran de la misma calidad o valor de los que anteriormente había Calderón entregado a Arenas, cuando fueron recibidos del Banco Alemán Antioqueño. Sobre este particular del mejor derecho del actor a la posesión de la cantidad que ha originado este litigio es tan clara, detallada y explícita la sentencia acusada que basta reproducir sus pasos pertinentes para contestar este cargo de casación. Al efecto, la sentencia contiene estos conceptos:

"En la segunda instancia se trajo copia del encabezamiento del auto de julio 31 de 1934 del honorable Tribunal Superior (Sala Penal) y del capítulo que dice: 'Razones que tuvo el suscrito Magistrado para haber considerado a Calderón con mejor derecho a la tenencia provisional de ese dinero; en la confirmación del auto del Juzgado, en la parte relativa a dicha tenencia'. No se trata de resolver cuál de los dos, Calderón o Buriticá, tenía mejores pruebas acerca del derecho de dominio, ni los funcionarios en lo criminal son competentes para conocer de ella. El caso es sólo resolver sobre la prueba referente al mejor derecho a la tenencia. 1º Está probado que

Calderón fue quien dio cinco mil pesos para que se los cambiasen en el Banco Alemán Antioqueño (confesión del mismo Arenas, folio 18 vuelto; declaraciones de Enrique Ahrens, folio 61; Ricardo Ospina, folio 68; Leonardo París, folio 75. 2º Está probado que el cheque de los mil pesos se pagó por el Banco de Bogotá, del dinero que Calderón tenía en ese Banco (declaración de Eudoro J. Martínez, tercer cajero pagador de ese Banco) folio 166, y Arenas en su indagatoria reconoce el hecho. 3º Está probado que el dinero que el Banco Alemán Antioqueño le dio a Calderón, se lo dio en billetes de cien y cincuenta pesos (declaraciones de Enrique Ahrens, folio 161; Ricardo Ospina, folio 68; Leonardo París, folio 75). 4º Está probado que en el dinero que se le halló á Arenas en la requisa que se le hizo, había mil doscientos pesos en billetes de cincuenta pesos (declaraciones de Manuel de Jesús Morales, folio 26; Jaime Caro, folio 60). Equivalen a veinticuatro billetes de cincuenta pesos cada uno. 5º Está probado que Arenas no ha explicado satisfactoriamente por dónde le vino el dinero que se le encontró. 6º Está probado que Arenas, diciéndole a Calderón que no pusiera el denuncio, dijo, le salvaré su dinero. La prueba de estos hechos es suficiente, en concepto del suscrito Magistrado, para haber considerado a Calderón como de mejor derecho a la tenencia y, por tanto, para haber confirmado el auto del Juzgado en la parte relativa a la tenencia. La calidad de la prueba para acreditar derecho a la sola tenencia provisional, la indica el mismo artículo 40 de la Ley 169 de 1896 ya citada: 'siempre que se justifique, dice ella, aunque sea sumariamente su derecho'."

Y sigue la sentencia del Tribunal: "De lo anterior se desprende que el funcionario penal consideró que antes del reato o del presunto reato era Calderón quien tenía la posesión o propiedad y la tenencia precaria la tiene solamente por ello. Por consiguiente, es ésta la situación jurídica en que se encuentra el dinero: la posesión materia de él la tenía Calderón y se le dio la tenencia. porque tenía tal posesión. Si tenía tal posesión es él quien debe presumirse dueño. 'El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo', dice el inciso 2º del artículo 762 del Código Civil."

"En este proceso y en el término legal se ratificaron las declaraciones de Ricardo Ospina y Enrique Ahrens y Leonardo París; con ellas se demuestra que Calderón cambió en la forma ya anotada billetes de cinco y de diez pesos por billetes de cincuenta y cien pesos. Se trajeron también las declaraciones del doctor Aurelio Rodríguez Bermúdez y del señor Pedro León Torres. El primero de éstos nos dice que Juan Clímaco Arenas dijo a Calderón cuando éste iba a poner el denuncio: 'Vea don Miguel: no ponga usted denuncio que yo me comprometo a ayudarle y a salvarlo de su plata'. Estas frases fueron oídas también por el señor Pedro León Torres. Este testigo refiere: 'seguimos en aquel lugar con Rodríguez (se refiere al doctor Aurelio Rodríguez Bermúdez) cuando llegaron a nosotros Calderón y el particular desconocido para mí y estábamos ahí comentando el asunto cuando el señor Juan Clímaco Arenas se acercó hasta nosotros y le dijo a Calderón: 'vea, no ponga denuncio que yo me comprometo a salvarle su dinero; si usted pone denuncio se hunde; o si nó, consúltelo con los dos abogados que tiene ahí'. Esta es una confesión extrajudicial hecha por Arenas en que reconoce que el dinero es de propiedad de Calderón (artículo 699 del Código Judicial). La declaración de Hernando Navarro se refiere al delito mismo de estafa imputado a Arenas y no es el caso de entrar a su estudio detallado porque sobre este hecho ya fallaron los Jueces penales."

No es fundado este cargo. Se rechaza.

B.—Violación por interpretación errónea del artículo 1768 del Código Civil, que hace consistir en que el Tribunal estimó todas las pruebas indiciarias del proceso penal y del civil como indicios graves en contra del demandado Arenas, gravedad que por parte alguna aparece en el expediente. Asimismo apreció erróneamente el artículo 2356 del Código Civil sobre perjuicios morales y materiales, al sostener el Tribunal que quien denuncia a otro sin fundamentos, quien se constituye en acusador particular y como tál actúa, quien hace gastar a otra persona ingentes sumas de dinero para defenderse de cargos injustos y temerarios, quien hace reducir a prisión al acusado y por todos los medios lo persigue no es responsable de los daños que causa con semejante procedimiento.

Se considera:

a) Es infundado el cargo de apreciación errónea del artículo 1768 del Código Civil, porque la base y el soporte principal de la sentencia acusada no es únicamente la prueba indiciaria que en ella se hace valer, sino también otras pruebas directas que le prestan sólido fundamento al fallo del Tribunal y que no vienen acusadas en casación. Basta la simple lectura de dicha providencia, en especial de los párrafos antes transcritos, para concluir que no son los indicios y las conjeturas a que alude el recurrente los exclusivos fundamentos de la decisión a favor del actor, en cuanto a su mejor derecho a la posesión de la cantidad de dinero y a la consiguiente viabilidad de la acción declarativa de dominio impetrada. Además, el demandado no ha exhibido en este proceso la prueba, siquiera incompleta, de que fuera poseedor de la canti-

dad de dinero hallada en su poder. En cambio, Calderón sí exhibió dicha prueba y demostró suficientemente que entregó a Arenas la suma de seis mil pesos.

Pero es que aun cuando el fallo del Tribunal estuviera fundamentado exclusivamente sobre la prueba indiciaria, conviene recordar que como lo ha dicho la Corte de manera reiterada y constante, la convicción indicial cae bajo la esfera de apreciación del fallador de instancia, de manera que no es dado variarla en casación sino en el caso de que haya errado con error de hecho evidente o con error de derecho en la apreciación de los elementos probatorios sobre que se apoyan los indicios. Y éste no es el caso de autos, ya que el Tribunal no ha perpetrado ninguno de tales errores en la estimación de las probanzas exhibidas por el actor para evidenciar el origen del dinero hallado en poder de Arenas.

Por eso la Corte, en repetidos fallos, ha sostenido que la prueba de indicios escapa más que otra alguna en casación al cargo de apreciación indebida o errónea. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio o su descalificación, por ejemplo por falta de conexión lógica con el hecho que se quiere demostrar. (*Gaceta Judicial,* tomo XLVII, página 461. Tomo XLVIII, página 741. Tomo L, página 403).

Por esa consideración, es innocuo este reparo.

b) Tampoco es fundado el cargo de apreciación errónea del artículo 2356 del Código Civil, porque no es verdad ni se ajusta a la realidad procesal que el Tribunal haya sostenido en forma abstracta la absurda tesis de que quien denuncia a otro sin fundamento, imputándole la comisión de un delito; quien se constituya en acusador particular en el proceso y obtiene que se reduzca a prisión el sindicado, no es responsable del daño moral y material que le haya causado al resultar inocente o no serle imputable el delito. En ningún paso de la sentencia se halla expuesta semejante conclusión. Lo que dijo el Tribunal fue cosa bien distinta y se halla expuesto en estos párrafos de su fallo:

"No estando demostrado la culpa del demandado (Calderón), falta, por tanto, uno de los elementos para que se configure la responsabilidad, pues debe existir una relación de causalidad que vincule los perjuicios a la actividad del hecho culposo que lo ha originado. Si no hubo culpa por parte de Calderón, no existe relación de causa a efecto entre el denuncio y los perjuicios."

"En el presente proceso se ha visto cómo se presta a discusión la conducta de Arenas y cómo el Tribunal en lo penal resolvió que sobre la suma materia de esta litis había probado mejor derecho Calderón. Además, obra de autos una certificación del Gabinete Central de Identificación Criminal de la cual resulta que Climaco Arenas Hurtado ha sido sindicado muchas veces por delito contra la propiedad."

Conviene recordar, como hace hincapié la sentencia acusada, que el demandado Arenas no fue absuelto por la justicia penal por virtud de un sobreseimiento o sentencia de carácter definitivo, luégo de haber quedado plenamente demostrada su inculpabilidad o que el hecho delictuoso no le fuera imputable. Lejos de eso, tan sólo obtuvo en las sumarias que le fueron seguidas, primero un sobreseimiento temporal y, posteriormente, una declaración de prescripción de la acción.

Declarar prescrita la acción penal no es lo mismo que absolver al sindicado ni significa tampoco que se haya evidenciado su absoluta irresponsabilidad o inculpabilidad; y en tal evento, no puede prosperar la súplica sobre perjuicios morales porque estando edificada la sentencia acusada sobre la base de una estafa de que fue víctima Calderón y sirviendo de fundamento al Tribunal para reconocer a éste el dominio sobre la cantidad de dinero la comprobación que Calderón ha exhibido en el proceso, no es posible que, con tales antecedentes, pueda prosperar la acción de perjuicios ni ninguna de las otras súplicas de la contrademanda.

Sobre este particular de la responsabilidad civil en que puede incurrir un denunciante temerario, son muchas las sentencias pronunciadas por esta Sala de Casación en que se ha sistematizado tal doctrina. En la última de tales providencias, fechada el 7 de marzo del año en curso, se dijo: "De otro lado, como también uniformemente lo han declarado aquéllas de las citadas sentencias en que lo tocante al abuso del derecho se ha motivado por denuncios criminales, a las cuales se mira aquí de preferencia por su analogía con el tema en estudio, la Sala se ha guardado de reputar como comprobación de culpa del denunciante el mero hecho de que a favor del denunciado haya habido un sobreseimiento, entre otras razones por la decisiva de que, si se conceptuara que en éste hay esa prueba de culpa y aun dañada intención, como algunos pretenden, se privaría a la sociedad del concurso de los asociados solicitado por la ley al punto de imponerlo como obligación cuando habla en esta calidad de la noticia que ha de dar cada cual a las autoridades de los delitos de que tenga conocimiento, so pena, en algunos casos, de hacerse sospechoso como cómplice o encubridor en faltando a ese deber. Si el denunciante quedara vinculado a la condena del imputado en forma que sin ella se le tuviese por incurso en culpa y, por ende, señalado como reo en futuro pleito de

indemnización, nadie denunciaría delito alguno o muy pocos afrontarían esa contingencia, ya que ante la incertidumbre de un proceso, rara vez será posible vaticinar con seguridad su resultado".

"No pudiendo el solo sobreseimiento determinar el concepto de si la denuncia ha sido o nó dolosa o culposa, la decisión al respecto ha de buscarse en todos los hechos pertinentes, en las circunstancias y peculiaridades de cada caso, en lo que constituye la situación de las cosas, su estado ambiental por decirlo así, en la época en que la denuncia se formuló, a fin de establecer si para entonces hubo o nó un error de conducta en formularla. Si en todo proceso precisamente el sentenciador ha de analizar las probanzas, tal vez en ninguno como en los de culpa aquiliana es esa obligación más imperiosa". (*Gaceta Judicial,* tomo LVII, páginas 76 y 77).

No es fundado el cargo. Se rechaza.

Fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 14 de octubre de 1943.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

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

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

Acción de nulidad de un remate y de reivindicación

1. Ante el mandato del artículo 1434 del Código Civil los títulos deben notificarse a los herederos del deudor, como el medio más adecuado y expedito tanto para que puedan apersonarse a la defensa de sus derechos, como para que queden enterados legalmente de las deudas de su causante, porque los herederos son los representantes de todos los derechos y obligaciones transmisibles del de cujus, al tenor del artículo 1155 del Código Civil. Ni en el caso del artículo 1434 del Código Civil, ni en el del artículo 457 del Código Judicial ha querido el legislador que se prescinda de los herederos, y por eso estableció de una manera expresa las fórmulas de notificación y emplazamiento, a fin de que conozcan las obligaciones y la situación jurídica de su causante, y puedan defender el patrimonio de éste.

2. El requisito exigido por el artículo 246 del Código Judicial solamente tiene lugar cuando en un juicio universal el padre o madre de familia tiene un interés opuesto en la causa o está moralmente impedido para representar al hijo menor. De manera que sólo en juicios universales, como el de sucesión, está la madre impedida para ostentar la representación legal de sus hijos menores, pero nunca en otra clase de procesos como un juicio ejecutivo.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

Como hechos fundamentales de este proceso expuso el actor los siguientes: I.—A petición del señor Federico Schindler, contra el señor Isaías García (q. e. p. d.), en ejercicio de acción personal, se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva el día 17 de agosto de 1929; II.—Al ser notificado del mandamiento ejecutivo Isaías García denunció para el pago una casa de habitación con su correspondiente solar que mide 20 metros de frente por cuarenta de centro; III.—El día 29 de marzo de 1931 falleció el ejecutado señor Isaías García, dejando como herederos a sus hijos Isaías o Antonio José, Marco Antonio, Teresa, Oscar, Flor Angela (Flora) y Alba (Rosalba) García Echeverri, todos menores de edad; y como cónyuge supérstite a Flora Echeverri; IV.—El día 28 de octubre de 1931, fue denunciado para el pago por el apoderado de Federico Schindler y como de propiedad de Isaías García el inmueble materia de este pleito; V.—El día 20 de mayo de 1932, la señora Flora Echeverri viuda de García solicitó la suspensión del remate, fundada en el Decreto número 280 de febrero de este año; VI.—En junio 1º de 1932 se decretó la suspensión del remate, fundada en el artículo 370 del Código Judicial; VII.—En junio 2 de 1932, la misma señora solicitó que se tuviera como no presentado el escrito a que se refiere el hecho V; VIII.—En esta misma fecha se resuelve por el Juzgado tener como no presentado el memorial referido (junio 2 de 1932); IX.—El día 14 de junio de 1932 se llevó a término el remate, habiéndosele adjudicado al señor Federico Schindler, por cuenta de una parte de su crédito, el inmueble alinderado en el hecho cuarto de esta demanda y a la señora Matilde Espinosa (Madre Marianita), el inmueble alinderado en el hecho II, de esta demanda como a único postor; X.—El día 9 de julio de 1932 fue aprobada la diligencia de remate de los bienes alinderados en los numerales 2º y 4º de esta demanda; XI.—Bajo la partida número 272 de fecha julio 22 de 1932 fue registrado el remate en referencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de la ciudad de Sevilla; XII.—Se omitió en este proceso la notificación legal a los representantes de la herencia de Isaías García, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1434 del Código Civil y los artículos 370 y 451 del Código Judicial; XIII.—Por escritura pública número 782 de agosto 19 de 1936, otorgada en la Notaría de esta ciudad (Sevilla), el señor Federico Schindler vendió al doctor Apolinar Gutiérrez Mejía el derecho de dominio en dos solares contiguos, con casa de habitación, situados dentro del área de esta población, con los linderos indicados en el mencionado instrumento; XIV, XV y XVI definen la personería sustantiva del actor.

El proceso.

El día 24 de septiembre de 1940 Eduardo Franco Cardona formuló demanda ante el Juzgado del Circuito Civil de Sevilla (Valle) contra Apolinar Gutiérrez Mejía y Matilde Espinosa (M. Marianita, Enriqueta del Rosario) para que con su citación y audiencia se hicieran las siguientes declaratorias, previos los trámites de un juicio ordinario: a) Que sea decretada la nulidad absoluta del remate verificado en el juicio ejecutivo promovido por medio de apoderado por el señor Federico Schindler en contra de la persona y bienes de Isaías García; b) Que sea ordenada la cancelación en la Oficina de Registro de esta ciudad, de la inscripción que se hizo el día 22 de julio de 1932, bajo la partida número 272, que corresponde al remate aludido; c) Como consecuencia, sea declarada la nulidad de la escritura número 782, de 19 de agosto de 1936, de la Notaría de esta ciudad, en virtud de la cual Federicho Schindler vendió a Apolinar Gutiérrez el inmueble alinderado en el hecho XIII de esta demanda, y en tal virtud sea cancelado su registro en la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad; d) Que los inmuebles a que se refieren estas declaraciones, poseídos hoy por Apolinar Gutiérrez Mejía, en parte el uno, y el otro por la señora Matilde Espinosa (Madre Marianita), pertenecen a la extinguida sociedad conyugal, actualmente iliquida, de Isaías García y Flora Echeverri viuda de García y a la sucesión de Isaías García, representadas cada una en un treinta por ciento de su valor por el petente Eduardo Franco Cardona, y el excedente, por la cónyuge sobreviviente Flora Echeverri viuda de García, y por Isaías o Antonio José, Marco Antonio, Teresa, Oscar, Flor Angela (Flora) y Alba (Rosalba) García Echeverri, la primera en representación de la sociedad conyugal mencionada y los otros, representantes de la herencia como hijos legítimos de Isaías García (q. e. p. d.); e) Que el doctor Apolinar Gutiérrez Mejía está en la obligación de entregar, dentro del término que fije la sentencia a los representantes de la sociedad conyugal y de la herencia antes mencionados, el inmueble que se determina por sus dimensiones y linderos en el hecho XIII de esta demanda; f) Que la señora Matilde Espionsa (Madre Marianita, Enriqueta del Rosario) está en la obligación de entregar en las mismas condiciones que el anterior y a las mismas personas, el inmueble que se determina en el hecho segundo de esta demanda; g) Que los frutos naturales y civiles de estas propiedades, desde que dejaron de pertenecer a la sucesión de Isaías García y a la extinguida sociedad conyugal habida entre éste y Flora Echeverri, sean reintegrados a la sucesión y a la sociedad dicha; h) Que sean condenados en costos y costas de esta demanda si se opusieren.

Falló la primera instancia el Juez *a quo* en sentencia fechada el 5 de noviembre de 1941, en la cual declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor Franco Cardona y declaró, a su vez, que no hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda, absolviéndolo en consecuencia de los cargos formulados contra ellos.

La sentencia acusada.

Apelada la anterior providencia por el demandante, decidió el segundo grado de este proceso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, quien en sentencia de 24 de septiembre de 1943 resolvió reformar la parte primera del fallo de primera instancia, y en su lugar declarar no probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante. En todo lo demás confirmó la providencia de primer grado absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda. Sin costas.

El Tribunal encontró demostrada la personería sustantiva del actor porque al tenor de la cláusula quinta de la escritura número 689 de 1940 los herederos de Isaías García le cedieron el 30% de las acciones y derechos que le correspondían en la sucesión de dicho señor. De modo que Franco Cardona no solamente demandaba la reivindicación en nombre de su representado sino en el suyo propio, para obtener la restitución del 30% de las acciones que le fueron allí cedidas. Por este aspecto, tenía personería sustantiva para entablar la acción, y no debió negársele.

Sostiene la sentencia, al estudiar la cuestión de fondo, que no hay nulidad del remate, porque la nulidad establecida en el ordinal 3º del artículo 451 del Código Judicial, es, en cierto modo, un amparo efectivo de la ley a los herederos contra el posible engaño que puedan sufrir por parte de falsos acreedores del causante. Por eso se ha ordenado que se les llame al juicio y se ha elevado la omisión de esa formalidad a causa anuladora del proceso. Pero ésta no puede subsistir cuando los herederos, como en el caso de autos, se declaran expresamente sabedores del pleito y no lo impugnan, porque ya no hay riesgo que prevenir, y si lo hubo y no se previnieron, fue por causa del propio interesado y no de la ley. Agrega el Tribunal que según está probado en autos, la señora Echeverri viuda de García se hizo sabedora en su propio nombre y como representante de sus hijos menores del juicio que venía adelantándose contra su cónyuge Isaías García, como resulta de los memoriales elevados al Juzgado el 20 de mayo y el 2 de julio de 1932, en el primero de los cuales solicitaba la suspensión del remate y en el segundo

desistía de tal pedimento; por lo cual estima el Tribunal que es aplicable el artículo 450 del Código Judicial.

Recurso de casación.

Lo interpuso el actor Franco Cardona y lo funda en que la sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa e interpretación errónea —ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial.—Por otra parte, estima que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, alegando la causal 2ª del precepto legal antes citado. Se pasan a extractar los cargos formulados contra el mencionado fallo, con fundamento en las dos causales alegadas.

Primer cargo. Error de derecho en la apreciación de los memoriales elevados por Flora Echeverri viuda de García, cuya equivocada interpretación lo condujo a indebida aplicación del artículo 321 del Código Judicial y a la violación directa de los textos 246 y 465 de la misma obra.

Segundo cargo. Error evidente de hecho, porque para nada se tuvo en cuenta la notificación del auto recaído al desistimiento y la fecha en que se hizo dicha notificación, por lo cual se violó el artículo 1434 del Código Civil.

Tercer cargo. Error de derecho al decir el Tribunal que había sido notificada la herencia de Isaías García sin tener en cuenta que los menores necesitan en estos casos un curador *ad litem* para su representación en juicio, con violación de los artículos 1434, 1740, 1741 del Código Civil y 451 del Código Judicial.

Cuarto cargo. Error evidente de hecho al omitir el honorable Tribunal el estudio del certificado que aparece al folio 14 del cuaderno de pruebas del actor. Por esta omisión, se violaron los artículos 593 y 632 del Código Judicial y 1960 y 1961 del Código Civil. Igualmente se infringió el artículo 1º de la Ley 67 de 1930 y el 22 de la Constitución Nacional.

Hace luégo el recurrente una larga exposición para evidenciar que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda y para demostrar su aserto señala numerosos errores de hecho evidente en que, a su decir, incurrió el Tribunal al apreciar los fundamentos de hecho señalados en el libelo.

Estudio de los cargos.

Considera la Sala de Casación:

a) La acción de nulidad del remate, incoada en este pleito, aparece fundada en el hecho 12 del libelo, que se expresa así: "Se omitió en este proceso (el juicio ejecutivo) la notificación legal de los representantes de la herencia de Isaías García, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1434 del Código Civil y los artículos 370 y 451 del Código Judicial".

La señora Flora Echeverri viuda de García presentó el 20 de mayo de 1932 un memorial en el juicio ejecutivo donde se realizó el remate judicial cuya nulidad se impetra, en el cual alega su carácter de cónyuge supérstite del ejecutado Isaías García y solicita al Juez ejecutor que suspenda el remate de los bienes embargados, de propiedad de García. En dicho memorial dice la mencionada señora: "Por tanto, señor Juez, con todo respeto *y en mi carácter de representante legal de mis menores hijos y ante todo de los bienes que dejó mi citado esposo* al morir, le pido se sirva ordenar la suspensión del expresado juicio, en los términos que indica el Decreto ejecutivo número 280 de este año, en su artículo 7º, relacionado con el número 420, artículos 1º y 2º... Para acreditar mi derecho a pedir, presento las siguientes partidas: 1º, la de matrimonio católico que celebré en esta Parroquia con el señor Isaías García, que figura como ejecutado en el expresado juicio; 2º, la partida de defunción de mi citado esposo, documentos que presento en tres hojas útiles". (Subraya la Corte).

Por auto de junio primero de 1932 el Juzgado ejecutor accedió a la suspensión del remate, en vista del fundamento legal alegado por la peticionaria y agrega esa providencia: "Acompaña su solicitud la partida de defunción del ejecutado Isaías García, la de su matrimonio con el mismo García, *como también otras partidas relacionadas* con algunos de los hijos habidos en el matrimonio". (Subraya la Corte).

El día 2 de junio del mismo año, un día después de dictado el auto anterior, presenta la misma señora Echeverri de García otro memorial al mismo Juez de la causa en el cual hace presente que se ve en el caso de retirar su solicitud sobre suspensión del remate y pide que se sirva tener por no presentado el memorial anterior. En vista de este segundo memorial el remate se verificó en el día previamente señalado y con el cumplimiento de todos los requisitos y formalidades legales, sin que la señora Echeverri de García propusiera ningún incidente de nulidad.

Con vista de las anteriores pruebas del proceso no es posible sostener que, fallecido el ejecutado García, sus herederos o representantes legales no fueron debidamente notificados de la ejecución que se adelantaba contra él y de la traba decretada contra dos de sus bienes. Ya viene dicho por esta Corte que ante el mandato del artículo 1434 del Código Civil, tales títulos deben notificarse a los herederos del deudor, como el medio más adecuado y expedito, tanto para que puedan apersonarse a la defensa de sus

derechos como para que queden enterados legalmente de las deudas de su causante, porque los herederos son los representantes de todos los derechos y obligaciones transmisibles del *de cujus*, al tenor del artículo 1155 del Código Civil. Ni en el caso del artículo 1434 del Código Civil, ni en el del artículo 457 del Código Judicial ha querido el legislador que se prescinda de los herederos y por eso estableció de una manera expresa las fórmulas de notificación y emplazamiento, a fin de que conozcan las obligaciones y la situación jurídica de su causante, y puedan defender el patrimonio de éste.

En el caso de autos, por medio de los dos memoriales antes citados y en parte transcritos, la señora viuda de García se dio por expresamente sabedora de la existencia y del curso que seguía el juicio ejecutivo adelantado contra su difunto cónyuge. Conocía que se había ordenado la traba de dos de los bienes de la sucesión, desde luego que alude a ellos extensamente en ambos documentos y pide la suspensión de su remate judicial. No cabe alegarse, como lo hace ahora la susodicha señora en casación, que el auto de primero de junio de 1932, que ordenó la suspensión del remate, no fue notificado legalmente, porque habiendo presentado su segundo memorial petitorio al siguiente día —2 de junio—, había que presumir que se daba por expresamente notificada de esa providencia; amén de que su segunda manifestación de que retiraba la anterior petición de suspensión hacía innecesaria e inútil esa formalidad procesal, la notificación, ya que el auto mencionado dejaba de tener viabilidad y operancia en el ejecutivo. De ahí que tenga en este caso aplicación oportuna el artículo 450 del Código Judicial, que dice: "No puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad". Agréguese a lo dicho que el artículo 321 del Código Judicial es bien claro y explícito para resolver este caso cuando dice que "si la persona a quien debe notificarse una providencia manifiesta que la conoce, por escrito que aparece firmado por la misma, no a ruego, se entienden surtidos en lo que a ella se refiere los efectos de la notificación".

No incurrió el Tribunal en error de derecho al sostener que si había sido notificada del ejecutivo la sucesión de Isaías García, representada por sus herederos, porque los tales serán de sus hijos legítimos, menores de edad y la señora García dijo expresamente en su primer memorial que actuaba *"en mi carácter de representante legal de mis menores hijos"*. No tenían dichos menores necesidad de representar en ese juicio por medio de un curador *ad litem*, porque ese requisito sólo lo exige el artículo 246 del Código Judicial, señalado como violado, cuando en un juicio universal el padre o madre de familia tiene un interés opuesto en la causa o está moralmente impedido para representar al hijo menor. De manera que sólo en juicios universales, como el de sucesión, está la madre impedida para ostentar la representación legal de sus hijos menores, pero nunca en otra clase de procesos como un juicio ejecutivo, en que se perseguía el pago coercitivo de una obligación contractual.

Por lo demás, ha sido ésta la doctrina sentada por la Corte en casos anteriores. En sentencia de 19 de octubre de 1937 dijo: "Cuando los herederos en un juicio ejecutivo se han hecho sabedores de la existencia de los títulos ejecutivos contra el causante, no es necesaria la notificación que ordena el artículo 1434 del Código Civil. Esta es una medida esencialmente práctica cuando las circunstancias lo justifiquen; pero no cuando es inútil, como sucede en el caso de que los herederos se hayan hecho sabedores de la existencia del título ejecutivo, de cualquier modo". (*Gaceta Judicial*, tomo XLV, página 873).

Son suficientes las anteriores consideraciones para declarar infundados todos los cargos presentados en casación contra el fallo acusado.

B.—Al final de su demanda de casación, en un largo alegato que reviste la forma de una representación en instancia, acusa el recurrente demandante la sentencia por la causal segunda, fundado en que dicho fallo no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas. Hace consistir este reparo en que el Tribunal fundó su decisión únicamente en el hecho XII del libelo, cuando no era éste el único soporte de las acciones incoadas, porque los hechos V, VI, VII y VIII tienen una virtualidad jurídica que el fallador no debió desconocer y de ellos se desprenden diversas circunstancias.

Agrega luégo una serie de consideraciones tendientes a demostrar que faltó el consentimiento de los herederos de García en el remate; amén de otras observaciones de diversa índole a las cuales se hará referencia.

Se considera:

Resulta innocuo este cargo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado, porque la sentencia que es materia del recurso sí estudió todas las peticiones del libelo y todos los fundamentos de hecho en éste señalados, pronunciándose sobre las diversas pretensiones de la parte actora.

Si fueron estudiados y tomados en consideración los hechos V, VI, VII, VIII de la demanda, como basta evidenciarlo con su simple lectura, porque ellos se refieren a la solicitud de suspensión del remate, al decreto de suspensión judicial, a la segunda petición de que se tuviera por no presentado el primer memorial suspen-

sivo y a la consecuente resolución del Juzgado de que siguiera adelante la ejecución y se efectuara el remate en la fecha previamente fijada. Todos esos hechos, comprobados en el expediente, fueron tenidos en cuenta por el fallador de segundo grado y precisamente sobre ellos funda su decisión de que los herederos de García se dieron expresamente notificados del juicio y del título de recaudo, por lo cual no existe causal legal de nulidad del acto de remate. De donde se deduce que no es fundado, por este aspecto, el cargo mencionado.

Los otros reparos que hace el recurrente en este capítulo final de su acusación, en nada se relacionan ni pueden fundarse en la causal segunda de casación, porque todos esos cargos se hacen consistir en violación de textos legales, por diversas causas. No es aventurado sostener que esas tachas están ya prácticamente contestadas por la Corte al estudiar el primer cargo formulado. Pero deseosa de agotar la materia hace estas observaciones:

a) La señora de García no desistió del juicio ejecutivo ni de ningún recurso procesal, ni del ejercicio de ningún derecho, ni podía hacerlo por ser representante de la parte ejecutada. Se limitó a pedir la suspensión del remate, con fundamento en el Decreto extraordinario 280 de 1932, ejerciendo una facultad que favorecía a sus representados y que no constituía enajenación o renuncia de derecho patrimonial alguno.

b) No hubo transacción en el juicio ejecutivo, ni ésta se hizo valer en ningún momento, ya que de haber existido y haberse alegado por la señora García hubiera puesto fin a la ejecución e impedido el remate judicial. Nunca pretendió dicha señora hacer valer la existencia de tal contrato. Si en sus dos memoriales expresa que está entendiéndose con el ejecutado esa simple referencia ni constituye transacción, ni se alegó por ella para poner fin a aquel proceso.

Se rechaza este 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 Buga el 24 de septiembre de 1943.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

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

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

Acción de nulidad de una hipoteca

Es jurisprudencia constante de la Corte la de que para ejercer actos dispositivos y administrativos sobre bienes que entraron al haber de la sociedad conyugal antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, es indispensable el concurso de ambos cónyuges, mientras no se haga la liquidación provisional autorizada por el artículo 7º de esa Ley. Habiéndose, en el caso de autos, hipotecado una finca por uno de los cónyuges sin intervención del otro, se hipotecó cosa ajena y por ello la hipoteca es nula, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 2439 y 2443 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda)

Se resumen a continuación los antecedentes del presente negocio:

Por escritura número 286, del 9 de agosto de 1926, otorgada en la Notaría de Puente Nacional, Paulina Suárez de Cortés, casada con Roberto Cortés Lara y debidamente autorizada por éste, compró a Aristides Castañeda, por la cantidad de $ 6.000 el terreno denominado *Hato de Santa Bárbara,* ubicado en jurisdicción del Municipio de Guavatá y determinado como allí se indicó. El vendedor se reservó, de por vida, el goce y usufructo de la expresada finca.

Por escritura número 1721, del 12 de septiembre de 1934 otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, Paulina Suárez de Cortés, obrando por sí sola, se reconoció deudora de Aníbal Escamilla, por la cantidad de $ 3.000 que de él recibió en préstamo con interés, en las condiciones estipuladas en ese instrumento, y para garantizar la obligación constituyó hipoteca de primer grado en favor de Escamilla sobre el referido terreno llamado *Hato de Santa Bárbara,* declarando que el inmueble era de su exclusiva propiedad.

No habiendo pagado la señora Suárez de Cortés el mencionado crédito, la demandó Escamilla ejecutivamente y en el juicio respectivo se decretó el embargo, se verificó el secuestro del inmueble dado como garantía y se llegó hasta ordenar su remate.

Así las cosas, Roberto Cortés Lara, obrando "en su carácter de administrador conjunto de los bienes de la sociedad conyugal formada por el matrimonio que contrajo con la señora Paulina Suárez", demandó a esta señora y a Aníbal Escamilla, en juicio ordinario, mediante libelo que fue repartido el 7 de mayo de 1941 al Juez 1º Civil del Circuito de Vélez, en el cual pidió que se declarara nula la hipoteca constituida por escritura número 1721, antes citada, sobre el terreno denominado *Hato de Santa Bárbara;* que se ordenara cancelar la inscripción de tal hipoteca; que se declararan igualmente nulos el embargo y el secuestro del mencionado terreno y se ordenara hacer las cancelaciones correspondientes; que se ordena pagar o devolver "a la sociedad conyugal Cortés-Suárez todos los frutos civiles y naturales del terreno, en el tiempo que ha permanecido secuestrado"; "que no es el caso de verificar el remate del predio a que se ha hecho referencia, ordenado en sentencia de pregón y remate dictado por el Juzgado 1º Civil de este Circuito, con fecha 5 de julio de 1940, en el juicio ejecutivo seguido por Aníbal Escamilla contra Paulina Suárez de Cortés, y que queda revisada y reformada en esos términos la aludida sentencia". Por último, que se condene en costas a los demandados.

La señora Suárez de Cortés se abstuvo de contestar la demanda, y Escamilla la contestó oponiéndose a la acción intentada.

El Juez *a quo* decidió el asunto por sentencia de fecha catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, absolviendo a los demandados de todos los cargos formulados y condenando en costas al actor.

Conoció en segunda instancia, por apelación del demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, quien, por sentencia fechada el veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, revocó la de primer grado y en su lugar decretó favorablemente todas las peticiones de la demanda, sin condenar en costas.

Los fundamentos principales de la decisión del Tribunal pueden sintetizarse así:

La finca hipotecada entró a la sociedad conyugal antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, y al hipotecarla la señora Suárez de Cortés, por sí sola, después de haber empezado a regir dicha

Ley, hipotecó cosa ajena y por ello la hipoteca es nula.

No puede declararse simulada la venta hecha por Castañeda a la señora Suárez de Cortés, porque eso no ha sido el objeto de este pleito, ni ese extremo figuró en la demanda, ni en la contestación de ella, por lo cual quedó excluído de la litis-contestación. Además, el demandado Escamilla, al contestar la demanda, aceptó implícitamente la existencia real de aquel contrato.

No puede aplicarse en este caso lo dispuesto en el artículo 2.442 del Código Civil porque este precepto se refiere a los bienes que se hallan en común por razón de un cuasicontrato de comunidad, pero no a los bienes comunes pertenecientes a las sociedades conyugales, que se rigen por disposiciones especiales.

Por último, en lo tocante a la teoría de la buena fe, dice el Tribunal:

"No es el caso de alegar la buena fe del demandado Escamilla, quien dio en préstamo de buen grado fuerte suma de dinero sobre garantía de la hipoteca alrededor de la cual ha girado este debate y no es el caso de alegar esa buena fe porque por parte alguna se ha pretendido atacar la existencia de aquel contrato de mutuo. Se alega la nulidad de la garantía que se dio a la obligación, pero no se alega la nulidad de esa obligación. Por el contrario, el demandante y la deudora la reconocen y prometen cancelarla, y la deudora tiene bienes exclusivamente propios para responder de ella. Y aunque así no fuera, no podría el juzgador proclamar y dejar sentado *a priori* que la señora Paulina Suárez de Cortés no habrá de cumplir su obligación, a la cual equivaldría en este caso la aplicación de la teoría de la buena fe."

El recurso.

Interpuso recurso de casación, contra esta sentencia, el demandado Escamilla, recurso que, habiéndose tramitado legalmente, se decide hoy.

Con apoyo en la primera de las causales que enumera el artículo 520 del Código Judicial, se acusa la sentencia como "violatoria de ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida e interpretación errónea de la misma; violación de la ley proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinadas pruebas, habiendo incurrido el Tribunal en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, generándose así el error de derecho de que adolece la sentencia".

El recurrente divide su acusación en cuatro cargos, a saber:

A) Violación de los artículos 1º y 7º de la Ley 28 de 1932, porque conforme a ellos, según el recurrente, los cónyuges pueden disponer libremente tanto de los bienes que adquirieron para sí, por cualquiera causa, bien sea con anterioridad al matrimonio o después de él, como de los que aportaron a la sociedad conyugal antes de la vigencia de esa Ley, aunque no se haya practicado la liquidación provisional prevista en el artículo 7º.

B) Violación de los artículos 1497, 1524, 1759, 1769, 1781 —ordinal 5º—, y 1782 del Código Civil, y 343, 604, 605, 663 y 667 del Código Judicial.

Estima el recurrente violados estos artículos porque el Tribunal consideró que la finca hipotecada entró a la sociedad conyugal, cuando en concepto de aquél ha debido declarar simulado el contrato de venta, porque sostiene que no hubo en realidad venta sino donación, pues la señora Suárez de Cortés no la adquirió a título oneroso sino a título gratuito, por lo cual entró al patrimonio individual de la cónyuge contratante y por lo mismo no es nula la hipoteca. Como se ve, la tesis planteada en este cargo está en contradicción con la que sostiene en el primero.

C) Violación de los artículos 1832, 1833, 1835, 2141, 2322, 2323, 2432 y 2442 del Código Civil.

En contra de la tesis sostenida en el cargo anterior, en este acepta el recurrente que la finca hipotecada entró a la sociedad conyugal, por lo cual era un bien común y entonces la señora Suárez de Cortés, como comunera, podía hipotecar su cuota y aun toda la finca, y dice que como el Tribunal no lo reconoció así violó los artículos que acaban de citarse.

D) Violación de los artículos 768 y 769 del Código Civil.

El recurrente alega el error común como fuente creadora de derechos y pide que se case la sentencia porque viola los dos artículos citados, pues el Tribunal no aceptó esa tesis.

Estudio de los cargos:

Se considera:

I.—En lo relacionado con el primer cargo, es suficiente decir que la Corte ha fijado, en un crecido número de sentencias, de manera reiterada y uniforme, la interpretación que debe darse a los artículos 1º y 7º de la Ley 28 de 1932, en lo tocante a la disposición y administración de bienes pertenecientes a las sociedades conyugales que dicha Ley encontró ya formadas y que aún no han sido liquidadas provisionalmente, conforme al artículo 7º.

Según esa jurisprudencia constante, que empezó con la sentencia de fecha 20 de octubre de 1937, publicada en la *Gaceta Judicial*, tomo XLV, y que a través de numerosos fallos se ha conservado y aquilatado como puede verse en el últi-

mo publicado, del 2 de febrero del presente año (*Gaceta Judicial,* tomo XLVII), para ejercer actos dispositivos y administrativos sobre bienes que entraron al haber de la sociedad conyugal antes de la vigencia de la Ley 28, es indispensable el concurso de ambos cónyuges, mientras no se haga la liquidación provisional autorizada por el mencionado artículo 7º. Conviene advertir que la constitución de una hipoteca es acto dispositivo.

De consiguiente, como la señora Suárez de Cortés hipotecó por sí sola, sin intervención del marido, una finca que pertenece a la sociedad conyugal, hipotecó cosa ajena y por ello la hipoteca es nula, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 2439 y 2443 del Código Civil. No es, por tanto, admisible este cargo.

II. El segundo cargo lo funda el recurrente en que el Tribunal calificó como oneroso el contrato de compraventa celebrado por Castañeda con la señora Suárez de Cortés, cuando tal contrato fue gratuito y ha debido declararse simulado, aceptando la excepción alegada por el demandado Escamilla.

Como acertadamente lo dice el opositor al recurso, sobre este punto debe observarse que Escamilla no tiene derecho y carece, por consiguiente de interés jurídico y de personería sustantiva para demandar la simulación del contrato de venta contenido en la escritura 286, y por lo mismo para alegarla como excepción, porque Escamilla no fue parte de ese contrato, ni era acreedor de ninguno de los contratantes y especialmente de Castañeda cuando se celebró, ni tenía a la sazón, como no tiene ahora, interés que funde aquella personería.

Es preciso no perder de vista que el contrato cuya simulación se alega, se celebró ocho años antes que el de mutuo con hipoteca realizado con Escamilla, y que éste es un tercero perfectamente extraño a aquel contrato. En esas condiciones Escamilla no puede tener, y no tiene, interés actual y legítimo, ni consiguientemente, personería sustantiva para solicitar la declaratoria de simulación, ni es posible sostener que el contrato lo celebrara Castañeda con el ánimo de perjudicar a Escamilla, de quien no aparece que sea deudor, y menos que lo fuera al tiempo de la celebración del contrato.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"La acción del acreedor, para demandar la simulación, no puede prosperar sino cuando existen los siguientes factores: a) Que entre el tercero y el deudor haya existido *consilium fraudis;* b) Que en virtud de tal *consilium,* el acreedor se perjudique; y c) Que el tercero, por lo tanto, no esté protegido por la buena fe, que siempre se presume en los contratos, y esa buena fe desaparece, o mejor no existe, cuando el tercero ha entrado en connivencia con el deudor para perjudicar a un acreedor de éste.

"Como es obvio, los factores de que se ha hecho mérito deben establecerse plenamente". (*Gaceta Judicial,* tomo LI, página 603).

En el presente caso no resultan demostrados aquellos factores, ni podría sostenerse que el contrato cuya simulación se pretende perjudicó a un acreedor que no existía. Se quiere obtener la simulación porque beneficiaría a ese acreedor, y con tal propósito no tiene derecho el acreedor de solicitarla, ni como acción ni como excepción. A lo expuesto se agrega que, como lo dijo el Tribunal, la declaratoria de simulación no ha sido objeto del pleito. Basta lo dicho para concluir que tampoco prospera este cargo.

III. En concepto de la Sala es fundada y jurídica la sentencia que se estudia, en cuanto no aceptó la tesis del demandado Escamilla, que ahora reitera el recurrente, de que la señora Suárez de Cortés, como comunera de la finca hipotecada, podía legalmente hipotecar su cuota, y que, por lo menos, debe declararse válida la hipoteca en esa cuota, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2442 del Código Civil.

En efecto, lo dispuesto en este artículo, aplicable a los bienes que se hallan en común, por razón de un cuasicontrato de comunidad, los que se rigen por las reglas dadas en el Capítulo 3º del Título 33 del Libro 4º del Código Civil, no puede aplicarse a los bienes pertenecientes a sociedades conyugales existentes aún y no liquidadas provisionalmente, como la de que aquí se habla, los cuales bienes están sometidos a normas especiales, pues pertenecen a esas sociedades conyugales y no puede considerarse que formen una comunidad.

Y es claro que no tratándose aquí, como no se trata, del caso de excepción que contempla el citado artículo 2442 del Código Civil, que es, desde luégo, de aplicación restricta, debe tenerse en cuenta la regla general consignada en el 2443 ibídem, según la cual "la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves", y entonces resulta ajustada a derecho la declaratoria de nulidad de la hipoteca.

No es, por lo mismo, admisible este cargo.

IV. Menos puede admitirse, como eficaz para quebrar la sentencia acusada, el último de los cargos formulados por el recurrente, o sea, el error común.

Sabido es que una sentencia debe infirmarse cuando se demuestra que es violatoria de la ley sustantiva, y como el error común no tiene fundamento directo en ninguna norma legal, sino en la teoría de la buena fe, y está, puede decirse,

más allá o por encima de la ley, es claro que no puede alegarse como motivo para casarla. Otra cosa es que infirmado el fallo porque prospere alguna de las causales que para ello señala la ley, pueda pedirse, si fuere el caso, que el error común se tenga en cuenta para decidir en instancia, pero no, se repite, como razón para quebrar la sentencia.

De otro lado, el error común se hace consistir aquí en la interpretación que debía darse a la Ley 28 de 1932, y es de toda evidencia que tal situación no reúne los caracteres jurídicos que pudieran dar lugar a considerar el error común como fuente de derechos, a través de la buena fe.

Se deduce de lo expuesto que no prospera el recurso que se estudia y que no debe infirmarse la sentencia recurrida.

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 San Gil, con fecha veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez.—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

Nulidad absoluta, por ilicitud de objeto, de la venta de gananciales hecha por un cónyuge al otro durante la sociedad conyugal

Es absolutamente nulo, por ilicitud de objeto, el contrato de enajenación de participación de gananciales hecha por uno de los cónyuges en vida de ambos, puesto que en derecho colombiano es imposible la transferencia entre vivos a título universal. Admitir que se puede ceder la acción o interés de socio conyugal durante el matrimonio y que no hay inconveniente jurídico ninguno para que el cesionario pueda reemplazar al cónyuge cedente y pedir liquidación provisional de la sociedad, como extravagantemente lo sostiene en su salvamento de voto el Magistrado disidente en la sentencia recurrida, diz que para que se humanice y se haga práctica la reforma consagrada en la Ley 28 de 1932 equivaldría lisa y llanamente, con quebranto de la noción de orden público que rige la organización familiar, a introducir una tercera persona dentro del matrimonio.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca)

Durante la existencia de la sociedad conyugal formada por el matrimonio católico contraído por Francisco Perdomo y Naciancena Rojas (en septiembre de 1907), ante el Notario principal del Circuito del Chaparral, el 7 de marzo de 1937 y por medio de la escritura pública número 123, la cónyuge Rojas de Perdomo vendió a Herminda Díaz de Aguiar, por el precio de mil pesos, "todos los derechos que me correspondan o puedan corresponderme a título de gananciales en la sociedad conyugal constituída con mi esposo legítimo Francisco Perdomo Suárez, o derivados de ese mismo matrimonio, a cualquier título, sin reservarse derecho alguno, y constituídos sobre toda clase de bienes, sean éstos inmuebles, muebles o semovientes, o de cualesquiera otras especies".

Muerta la señora Rojas de Perdomo en el mes de julio de 1938, su cónyuge supérstite, como tál y como su heredero, inició en el año de 1939, ante el Juzgado promiscuo del Circuito del Chaparral dos juicios ordinarios, uno contra Herminda Díaz de Aguiar y el otro contra su marido Roberto Aguiar, para que se declare absolutamente nulo el contrato recogido en la escritura número 123 de 7 de marzo de 1937, de la Notaría del Chaparral, por ser simulado, esto es, por carecer de causa real y de precio; que, en consecuencia, los derechos que por tal contrato pretendieron transferirse no han salido del patrimonio de la sociedad conyugal ilíquida Perdomo-Rojas y a ella pertenecen; que ninguno de los demandados se ha subrogado en los bienes y derechos de que trata la mencionada escritura, la cual, como su registro, debe ser cancelada por orden judicial, y que, finalmente, si los demandados se oponen; que se les condene al pago de las costas judiciales.

Acumulados los dos ordinarios por auto de 17 de abril de 1940 y agotados los trámites propios del primer grado, que se surtió con la audiencia de los demandados, quienes se opusieron a las declaraciones impetradas, el Juzgado del Circuito lo decidió en sentencia de 22 de agosto de 1942 declarando absolutamente nulo el referido contrato y ordenando la cancelación de la escritura pública en que se hizo constar y su inscripción en el registro. Sin costas.

Sentencia acusada.

Dio lugar a la segunda instancia del juicio la apelación que la parte demandada interpuso contra el fallo del Juzgado y que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué decidió en sentencia del 30 de septiembre de 1943, confirmatoria de la recurrida con el voto disidente de un Magistrado.

La fundamentación de los dos fallos de instancia es coincidente. Tanto el Juzgado del Circuito como el Tribunal Superior plantearon y resolvieron el problema del pleito en el campo del orden público, sin considerar la tesis de la simulación que plantea la demanda y con aplicación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, por estimar que en el contrato contenido en la escritura 123, ya citada, aparece de manifiesto la nulidad absoluta, de declaración oficiosa, consistente en que al celebrarse en la forma en que se hizo, sobre el objeto ya visto, se violó la ley que prohibe la venta de una universalidad de bienes pre-

sentes y futuros sin singularización, y la sanciona expresamente con la nulidad en el artículo 1867 del Código Civil.

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso la demandada Herminda Díaz de Aguiar el recurso de casación que hoy se decide al término de su tramitación legal.

Se apoya en la primera de las causales que enumera el artículo 520 del Código Judicial y se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1518, 1520, 1523, 1741, 1808, 1866, 1867 y 1869 del Código Civil; 1º y 7º de la Ley 28 de 1932 y 2º de la 50 de 1936, infracciones que el recurrente fundamenta en que el Tribunal no paró mientes en que a partir de la reforma traída por la Ley 28 de 1932 los dos cónyuges administran conjuntamente la sociedad conyugal con plenas facultades dispositivas. Si entre los derechos patrimoniales de la mujer estaba pedir y obtener la liquidación provisional de la sociedad conyugal a efecto de dividirse su haber, perfectamente podía, en vez de imponer a su marido la división, ceder como cedió sus derechos de socia en la sociedad de bienes. Si había gananciales, parte de ellos pertenecía a la cónyuge, y esta parte, como bién propio de la mujer, fue el objeto de la venta, no los gananciales mismos como universalidad. Cada uno de los socios conyugales puede en cualquier momento conocer el estado de su haber propio porque los gananciales constituyen una masa especificable mediante inventario, de tal modo que lo que cualquiera de los cónyuges vende de gananciales es cosa existente, comercial y determinable, cuya enajenación no está prohibida por ninguna disposición de la ley.

Considera la Sala:

Con tánta claridad y sencillez jurídica se ofrece el problema del pleito, que muy poco es lo que tiene que decir la Corte para concluír en perfecto acuerdo con las tesis de la sentencia acusada y rechazar los cargos de ilegalidad que se le formulan en la demanda de casación con razones cuya improcedencia se ve más de bulto en el salvamento de voto del Magistrado que estuvo en desacuerdo con la Sala de Decisión.

Dentro del sistema o régimen matrimonial que consagra nuestra legislación, esto es, el conjunto de reglas que gobiernan las relaciones recíprocas de los cónyuges como respecto de terceros, por el hecho del matrimonio, antes de la Ley 28 como con posterioridad a ella, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges. Esta sociedad, llamada conyugal, cuyo fundamento jurídico y moral es la comunidad de vida y de esfuerzos, la necesidad de atender a la familia común y a las obligaciones que se derivan del matrimonio, es una sociedad *sui generis*, de naturaleza especial y peculiares características que le dan fisonomía y organización propias, como uno de los efectos civiles del matrimonio; se diferencia fundamentalmente de las sociedades ordinarias. Se caracteriza esencialmente por el elemento *intuitu personae*, por la calidad personal de cónyuge que deben tener sus dos socios, y es el único caso excepcional en que las leyes autorizan la constitución de una sociedad de gananciales a título universal, según el artículo 2082 del Código Civil, que en su inciso segundo dice: "Se prohibe, asímismo, toda sociedad de gananciales, a título universal, excepto entre cónyuges". La participación de los socios o cónyuges en las ganancias de esta sociedad solamente adquiere oportunidad o eficacia cuando concluye o se disuelve. Antes los gananciales son un mero derecho latente sin posible vinculación en bienes determinados, una expectativa de cuota en una universalidad jurídica. Si, pues, el interés o acción de socio en la sociedad conyugal, durante la existencia normal del matrimonio, es por su naturaleza una cosa universal, resulta perfecta la solución judicial que niega validez al contrato de enajenación de participación en los gananciales hecha por uno de los cónyuges en vida de ambos, puesto que en derecho colombiano es imposible la transferencia entre vivos a título universal.

La condición de socio en la sociedad de bienes de que se trata, inseparable de la calidad jurídica de cónyuge, no se adquiere ni se deja a voluntad, sino a virtud del imperio de la ley que fija el principio, organización y fin de la sociedad conyugal en el estatuto que gobierna especialmente este efecto civil del hecho matrimonial. Y esto conduce a la consideración de un aspecto de la cuestión litigiosa, más interesante que el derivado de la imposibilidad de enajenar la universalidad de los ganancjales durante la sociedad, como es el que dice relación a la naturaleza de institución familiar que corresponde en general a todo lo respectivo al matrimonio, y que emplaza su análisis dentro de las normas rígidas del orden público, que excluye toda posibilidad de alteración convencional. La calidad de socio conyugal, que fatalmente liga a quienes se casan, es uno de los llamados doctrinariamente derechos personalísimos, que no pueden transferirse ni transmitirse y respecto de los cuales no puede admitirse la posibilidad de que cambie su titular, porque está tan íntima e indisolublemente unida a la persona de los cónyuges que no puede sufrir cambio de sujeto. La sociedad conyugal es primordialmente sociedad de personas y accesoriamente de bienes, y en su

desarrollo a lo largo de la vida de comunidad matrimonial aparecen inseparablemente trenzados sus efectos familiares o extrapatrimoniales con los simplemente económicos. Admitir que se puede ceder la acción o interés de socio conyugal durante el matrimonio y que no hay inconveniente jurídico ninguno para que el cesionario pueda reemplazar al cónyuge cedente y pedir liquidación provisional de la sociedad, como extravagantemente lo sostiene en su salvamento de voto el Magistrado disidente, diz que para que se humanice y se haga práctica la reforma consagrada en la Ley 28 de 1932, equivaldría lisa y llanamente, con quebranto de la noción de orden público que rige la organización familiar, a introducir una tercera persona dentro del matrimonio.

Encuadrando el caso de autos dentro de estos principios fundamentales claramente queda a la vista que el Tribunal sentenciador no incurrió en ilegalidad ninguna al declarar oficiosamente, por encontrarla manifiesta, la nulidad absoluta por ilicitud de su objeto, del contrato contenido en la escritura pública número 123, otorgada el 7 de marzo de 1937 ante el Notario principal del Circuito del Chaparral.

Por tanto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 30 de septiembre de 1943, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Acción petitoria de indemnización de perjuicios

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Emiliano Lozano y Pedro Ignacio Eslava demandaron al Municipio de Bogotá por indemnización de perjuicios. Repartido el asunto al Juzgado 5º Civil de este Circuito, surtida la tramitación de ley, se decidió allí el 9 de febrero de 1943 en sentencia que niega todo lo demandado y absuelve al Municipio. Apelada por los demandantes, se surtió en el Tribunal Superior la segunda instancia, la que se cerró en fallo de 10 de febrero de 1944 que revoca aquél y hace las declaraciones y condenaciones que se detallarán adelante. Ambas partes recurrieron en casación y oportunamente fundaron su recurso respectivo y contestaron la demanda de su opositor. Llegada así la oportunidad de decidir, a ello se procede.

A eso de las nueve de la mañana del 24 de septiembre de 1941, el carro número 19 del Tranvía Municipal que iba de Norte a Sur por la carrera 13 entre las calles 28 y 27, sufrió un accidente que los pasajeros creyeron incendio; de modo que varios de ellos se lanzaron del vehículo en marcha y sufrieron lesiones graves al caer, poseídos de pánico, al que concurrió su creencia de que el motorista había perdido el manejo del carro, sobrecogido por las llamas.

Entre ellos figuran los actuales demandantes que suplican la indemnización de los graves perjuicios que sufrieron a causa de ese accidente. Esa indemnización, en el concepto de haberse producido tales daños por culpa extracontractual del Municipio, es lo que forma la materia del pleito.

Cursó en primera instancia en el Juzgado 5º Civil de este Circuito, cuya sentencia absolutoria quedó reemplazada por la del Tribunal antedicha, cuya parte resolutiva dice en suma: 1º El Municipio es civilmente responsable de los perjuicios materiales sufridos por los actores; 2º Pagará a Lozano $ 656.58 como indemnización; 3º Pagará a Eslava en igual concepto $ 569; 4º Condicionalmente pagará a éste, además, la indemnización que corresponda, sobre las bases sentadas en la parte motiva, si en la ejecución de la sentencia se demuestra que es permanente la lesión que le quedó; 5º Se niegan las demás peticiones de la demanda; 6º No están probadas las excepciones del demandado, y 7º No se hace condenación en costas en ninguna de las instancias.

Desde la contestación de la demanda el Municipio, por medio de su Personero, se opuso negando que haya culpa suya, en lo que ha insistido reiteradamente a lo largo de la controversia, inclusive ahora en casación; y para ello se funda en que no hubo incendio alguno, sino simplemente la llamarada que se produce al saltar el automático, el cual, lejos de ser fuente de peligro, es un aparato de seguridad destinado a desconectar el vehículo de la corriente eléctrica cuando ésta se sobrecarga, y que, además, el motorista no perdió el control, de suerte que a los breves momentos de estallar la chispa ya tenía detenido el carro. Deduce de ahí que las lesiones sufridas por los pasajeros que se lanzaron del carro en marcha se deben a culpa de ellos, a su imprudencia en proceder como lo hicieron, sin motivo justificado y suficiente.

El Juzgado absolvió porque acogió estos conceptos. El Tribunal compartió los de los actores y condenó porque halló culposa la conducta del Municipio; pero, a más de que les negó los perjuicios morales, desechó el avalúo pericial que señaló por éstos y por los materiales, $ 5.841.25 para Lozano, y $ 23.150 para Eslava, y redujo estas cifras a las que ya se vieron.

De ahí que ambas partes sean recurrentes.

Como entre los cargos de la demanda de casación del Municipio, formulada por el señor Procurador Delegado en lo Civil que ha llevado su voz en la Corte, figura en primer lugar el de nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción, debe ante todo estudiarse esta cuestión.

El reclamo se funda en que Lozano y Eslava juntan sus acciones en un mismo libelo, forjando así de hecho una acumulación no autorizada por la ley. Dando por sentado que en esto haya la irregularidad que los sucesivos representantes del Municipio han encontrado en las instancias y ahora, no deduciéndose de ahí nulidad, esta circunstancia decisiva basta para rechazar el cargo y para hacer inoficioso el análisis de aquel concepto.

Y claramente se ve que tal nulidad no existe, porque consistiría, según el Municipio, en incompetencia de jurisdición, y sobre que la tuvo el Juzgado de este Circuito para conocer del pleito en primera instancia y el Tribunal Superior de este Distrito Judicial para conocer en la segunda por apelación de la sentencia de aquél, responden en su numeral 1º los artículos 109 y 78 del Código Judicial.

Para decidir el recurso en sus demás cargos, se considera:

La Sala ha estudiado con el debido detenimiento el expediente en su conjunto y también con la mayor atención las demandas y réplicas de ambas partes ante la Corte; pero se ve limitada al cargo de que pasa a hablar, porque, prosperando él y habiendo consecuencialmente de invalidar en su totalidad el fallo recurrido, no hay lugar a considerar los cargos restantes, según preceptúa el artículo 538 del Código Judicial.

Ese cargo es el de violación de los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil por aplicación indebida, en razón de no haber incurrido el Municipio en la culpa que sería indispensable para ser condenado a indemnizar. Conviene advertir que a este reparo cardinal agrega el señor Procurador Delegado, en forma subsidiaria, el de no haberse reconocido la culpa de los demandantes y no haberse procedido a la reducción correspondiente según el artículo 2357 de ese Código, de cuyo quebranto, por tal razón, se queja en esa forma subsidiaria.

La Sala encuentra en primer lugar que no hubo incendio; tampoco está comprobado que el motorista abandonara su puesto o perdiera el manejo del vehículo; si no son frecuentes, tampoco son de rara ocurrencia las chispas y aun llamaradas de los automáticos, de suerte que el público sabe que no son incendio del carro; se agrega que el del pleito era de faja azul, es decir, abierto, lo que daría gran facilidad para la salida de los pasajeros en el evento de que en realidad hubiera habido motivo para hacerlo; añádese que esos carros tienen separada de los pasajeros lo que se llama cabina del motorista, lo que habría dado tiempo, en su caso, para que los pasajeros se bajasen sin atropellada precipitación, aun habiendo habido incendio, el que, comenzando en la cabina, no se habría podido extender al carro mismo en su sector correspondiente a los pasajeros sin dar tiempo a que éstos meditasen y adecuasen sus movimientos para no recibir daño o para, al menos, atenuarlo. Se observa también que el accidente, llámesele así, duró tan breves instantes, que el carro se detuvo a los treinta o cuarenta metros del punto en que estalló la chispa, yendo a su velocidad habitual. Cortada la corriente, cesa la fuerza impulsora.

Por otra parte, si éste se hubiera dado al servicio sin llevarlo al taller de reparaciones, a pesar de habérsele notado daño la víspera de ese suceso, podría con justicia hallarse culpa en ello; pero si ese 23 de septiembre se hizo reparar y si fue reparado ya el daño como se volvió al servicio el día 24, del simple hecho de haberse producido chispa o llamarada nuevamente este día no puede deducirse culpa, siendo así que, como ya se recordó, esto no es acontecimiento extraordinario ni, menos, motivo de peligro, ni indicación de negligencia o descuido.

Estas circunstancias en que se produjo y desarrolló lo que aquí se ha tenido por accidente, hacen ver que en realidad no puede atribuírse al Municipio la culpa que el Tribunal le halló. Es verdad que sin esa chispa o llamarada, no es de suponerse que los pasajeros que se lanzaron del vehículo en marcha hubieran procedido así; pero no es menos cierto que este proceder imprudente y aun alocado fue la causa de las lesiones. Sin esa precipitación de los que se lanzaron del carro en marcha, nada les habría sucedido, como nada les sucedió a los que permanecieron en sus puestos, máxime cuando a los breves instantes en que aquello se desarrolló, el carro había parado y cesado todo motivo de alarma. La simple espera de esos momentos habría bastado para que ningún mal se produjese, y en manera alguna es excesivo exigir o esperar de una persona normal y prudente esos breves instantes de moderación, aun dando por fundado el temor de incendio, ya que éste, caso de producirse, habría dado sobrado tiempo para que los pasajeros desocuparan el vehículo ordenadamente y, sobre todo, no estando en marcha, lo que habría bastado para prevenir lesiones como las de que se quejan los demandantes, muy deplorables en verdad.

Como es sabido y de estricta lógica, no basta que haya daño para que se decrete su indemnización, sino que se necesita que ese daño sea efecto de una culpa ajena. Sin ésta, no cabe condenación. Aquí se demostró el perjuicio sufrido, muy deplorable, repítese; pero no se ha demostrado que el Municipio a quien se atribuye incurriera en la culpa que los actores señalan como causa de aquél.

Lo dicho significa que efectivamente se aplicaron por el Tribunal sin ser el caso las citadas disposiciones de la ley sustantiva y que, por

ende, debe invalidarse su fallo fundado en el concepto de haber una culpa que los autos no acreditan.

Y lo dicho viene a ser al propio tiempo motivación de la resolución que ha de reemplazar ese fallo con la confirmación del de primera instancia.

Como ya se dijo, de conformidad con el artículo 538 del Código Judicial, la Sala no considera las restantes causales alegadas, de ellas las de los demandantes como recurrentes, por hallar fundada la que se ha analizado y acogido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diez de febrero del año en curso, y en su lugar confirma la de primera instancia, dictada por el Juzgado 5º Civil de este Circuito el nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y tres.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Prueba escrita

El artículo 1767 del Código Civil sentó un principio rígido y general al estatuír que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que ha debido consignarse por escrito, y ese principio fue atenuado por los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, que limitaron el rigor de la norma primitiva, para los actos o contratos que valgan menos de quinientos pesos. El artículo 1767 habla de obligaciones, el 91 de actos o contratos, que en el fondo es lo mismo porque en unos y en otros existe el vínculo jurídico. Pero un vínculo jurídico, un acto jurídico no es lo mismo que un hecho jurídico, para lo cual basta observar que muchos hechos de esta naturaleza se producen independientemente de la voluntad y que en los hechos jurídicos, el vínculo, que liga entre sí a las partes y que constituye la esencia de las obligaciones, no existe proveniente de un acto de voluntad. Esta es una de las razones por las cuales para la validez de un acto jurídico son necesarias las condiciones de capacidad, pleno consentimiento, causa lícita y objeto lícito, elementos que no tienen interferencia en muchos hechos jurídicos. Como los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887 se refieren únicamente a las obligaciones, no pueden aplicarse esas normas a los hechos jurídicos.

El dinero aportado al matrimonio, entra a la sociedad conyugal, quedando ésta obligada a la restitución de igual suma. No es necesario en este caso, ni posible muchas veces, la prueba escrita, sino que como se trata de establecer un hecho, el aporte, es susceptible de ser demostrado por otros medios, entre los cuales está la prueba testimonial. No se le oculta a la Corte que hay casos, y éstos son los menos, en que la prueba debe ser solemne, por no radicarse el dominio sino mediante ciertas solemnidades. Tal sería el caso en que uno de los esposos pretendiera excluír de la sociedad conyugal un inmueble, por haberlo aportado al matrimonio; como no pudo aportarlo sin ser dueño, y como esta calidad, en tratándose de inmuebles, sólo se demuestra con la respectiva escritura pública, tendría entonces que exhibirla.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Erasmo Sánchez contrajo matrimonio con Soledad Sánchez, en la Parroquia de El Espinal el 18 de noviembre de 1919.

De ese matrimonio nació María Inés, quien contrajo matrimonio con Israel Rodríguez, de cuya unión nació María Teresa Rodríguez.

La mujer de Erasmo Sánchez o sea Soledad Sánchez de Sánchez, falleció el 9 de diciembre de 1940 y Erasmo inició el juicio de sucesión de su cónyuge fallecida.

En ese juicio intervino primero María Inés, y muerta ésta, la menor Teresa Rodríguez Sánchez, representada por su padre Israel Rodríguez.

Surgieron discrepancias en ese juicio entre Erasmo Sánchez e Israel Rodríguez sobre exclusión de algunos bienes y reconocimiento de algunos créditos, lo cual ha dado lugar al presente juicio ordinario.

Los anteriores y sencillos antecedentes, dieron margen a Erasmo Sánchez para hacer las súplicas en este juicio ordinario que en síntesis son éstas: Que se declare que la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Erasmo Sánchez y Soledad Sánchez y las sucesiones de esta última y María Inés Sánchez de Rodríguez, deben pagar al demandante y por lo tanto incluírla como crédito a su favor en los inventarios y avalúos del juicio de sucesión de la señora Soledad Sánchez de Sánchez, la suma de $ 3.000 moneda corriente en que aprecia el valor de la fábrica de cigarros que siendo de su exclusiva propiedad aportó a dicha sociedad conyugal, y en subsidio, que tal sociedad debe al demandante la cantidad de $ 500 valor del aporte que hizo Erasmo a la sociedad, representado en su fábrica de cigarros que tenía establecida cuando contrajo matrimonio.

Que la finca o hacienda denominada *La Palestina,* en jurisdicción de El Espinal, con sus accesorios y sus ganados, debe excluírse de los inventarios y avalúos en el juicio de sucesión de Soledad Sánchez de Sánchez, por pertenecer dicha finca exclusivamente al demandante. Que los semovientes vendidos a Paulo E. Rodríguez y Zoilo Cañón por el demandante, y con anterio-

ridad a la muerte de su mujer, deben excluirse totalmente de los inventarios y avalúos en dicho juicio, y en subsidio de esta declaración, que se declare que la sociedad conyugal en liquidación debe a Erasmo Sánchez la cantidad de $ 1.500, deuda contraída durante la existencia de la sociedad y pagada por Erasmo después de la muerte de su cónyuge, o sea, después de disuelta esa sociedad conyugal.

Fue demandada la menor María Teresa Rodríguez Sánchez, representada por su padre Israel Rodríguez.

En primera instancia el Juez de Circuito de El Espinal, en sentencia de 26 de noviembre de 1942, negó todas las súplicas contenidas en el libelo de demanda. Fue apelada dicha sentencia por el apoderado de la parte actora, y el Tribunal Superior de Ibagué la confirmó el 14 de febrero del año en curso, contra la cual la parte desfavorecida interpuso recurso de casación, el que pasa hoy a fallarse.

La sentencia recurrida, que contiene muchos pasos impertinentes a lo que en realidad constituye el problema jurídico que debe decidirse, se funda en tres bases:

1º El fallador niega la primera súplica de la demanda, por cuanto en su concepto era necesaria la prueba por escrito a que se refieren los artículos 1767 del Código Civil y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, para demostrar que Erasmo Sánchez aportó al matrimonio la fábrica de cigarros;

2º Niega la tercera súplica de la demanda, por cuanto en su concepto no está demostrada la venta que de varias cabezas de ganado hizo el demandante, durante la existencia de la sociedad conyugal, a Paulo E. Rodríguez y Zoilo Cañón.

3º Niega la segunda súplica de la demanda, por cuanto adquirida la finca de *La Palestina*, a título oneroso, durante la existencia de la sociedad conyugal de Erasmo Sánchez con Soledad Sánchez, ese predio pertenece hoy a dicha sociedad ilíquida. Fundado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente hace varios cargos a la sentencia, que pasan a estudiarse en el mismo orden en que fueron propuestos.

Es el primero el de violación, por aplicación indebida de los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 y 1767 del Código Civil.

La primera súplica de la demanda, como ya se expresó, se encamina a que se le reconozca al demandante el valor de una fábrica de tabaco que aportó al matrimonio, fábrica que se vendió durante la existencia de la sociedad conyugal. El actor pide que se le reconozca el valor que tenía tal fábrica cuando hizo el aporte.

El Tribunal consideró que ese hecho, o sea el aporte, ha debido constar por escrito, al tenor de lo dispuesto por los artículos que acaban de citarse.

Considera la Corte: Según el inciso 1º del artículo 91, que es la base de toda esa disposición y también de la del artículo 92, deben constar por escrito los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos. En otros términos, las *obligaciones* que excedan de esa cuantía, deben constar por escrito. La obligación es un vínculo de derecho que constituye la necesidad o imperio de dar o hacer alguna cosa. *Vínculo juris quo necesitate astringimur alicujus rei solvendae*, enseñaron los antiguos maestros. Donde hay un vínculo jurídico existe una relación de derecho, que liga entre sí a las partes, con un deber de hacer, dar o no hacer. Como la existencia de ese vínculo no se presume, es necesario que se demuestre en la forma establecida por la ley. El Código Civil en su artículo 1767 sentó un principio rígido y general al respecto, al estatuír que no se admitirá prueba de testigos respecto de una *obligación* que ha debido consignarse por escrito, principio éste que fue atenuado por los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, que limitaron el rigor de la norma primitiva, para los actos o contratos que valgan menos de quinientos pesos. El artículo 1767 citado habla de obligaciones, el 91 que acaba también de citarse, habla de actos o contratos, que en el fondo es lo mismo porque en unos y en otros existe el vínculo jurídico.

Pero un vínculo jurídico, un acto jurídico, no es lo mismo que un hecho jurídico, para lo cual basta observar que muchos hechos de esta naturaleza se producen independientemente de la voluntad, y que en los hechos jurídicos, el vínculo, que liga entre sí a las partes y que constituye la esencia de las obligaciones, no existe proveniente de un acto de voluntad. Esta es una de las razones por las cuales para la validez de un acto jurídico son necesarias las condiciones de capacidad, pleno consentimiento, causa lícita y objeto lícito, elementos que no tienen interferencia en muchos hechos jurídicos.

Vista la diferencia anterior y teniendo en cuenta que los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, se refieren únicamente a las obligaciones, no pueden aplicarse esas normas a los hechos jurídicos.

Afirmar que una persona era dueña o poseedora de una empresa, de una fábrica, de un negocio, o que tenía la posesión material de un predio, antes de casarse, o en una época dada, es afirmar un hecho, no es demostrar la existencia de una obligación. Un ejemplo muy común pone de bulto lo anterior: un individuo casado puede demostrar que antes de casarse, era dueño de una cantidad de dinero representada en papeles de crédito o bursátiles, por ejem-

plo, cédulas hipotecarias, cuya tradición se hace *brevi manu*, y no está sujeta a ninguna solemnidad. Esa demostración es susceptible de hacerse por cualquier medio probatorio, y no se ve por qué deba hacerse en todo caso por escrito, lo cual llevaría a la conclusión de que esa clase de operaciones deben hacerse por escrito, deben ser solemnes, lo cual es inadmisible. Lo mismo resulta con el dinero que, aportado al matrimonio, entra a la sociedad conyugal, quedando ésta obligada a la restitución de igual suma. No es necesario tampoco en este caso, ni posible muchas veces, la prueba escrita, sino que como se trata de establecer un hecho, el aporte es susceptible de ser demostrado por otros medios, entre los cuales está la prueba testimonial. No se le oculta a la Corte, que hay casos, y éstos son los menos, en que la prueba debe ser solemne, por no radicarse el dominio, sino mediante ciertas solemnidades. Tal sería el caso en que uno de los esposos pretendiera excluir de la sociedad conyugal, un inmueble, por haberlo aportado al matrimonio; como no pudo aportarlo sin ser dueño, y como esta calidad, en tratándose de inmuebles, sólo se demuestra con la respectiva escritura pública, tendría entonces que exhibirla.

Habiendo estimado el Tribunal de Ibagué que el demandante ha debido demostrar la existencia de la fábrica de cigarros y su aporte a la sociedad conyugal, por medio de la prueba escrita, como si se tratara de demostrar la existencia de una obligación, aplicó indebidamente al caso de este pleito los artículos 1767 del Código Civil y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, de donde resulta que el primer cargo a la sentencia debe prosperar. Los artículos 1771 y 1772 del Código Civil, son impertinentes al caso de este pleito, donde no se ha planteado ni siquiera se ha hecho mención de la existencia de capitulaciones matrimoniales entre los esposos Sánchez. Es cierto que el artículo 1795 de la obra citada establece la presunción de que toda cantidad de dinero y de cosas fungibles que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad se reputa pertenecer a ella, pero el mismo texto que establece la presunción, que es legal, advierte por esta razón, que a menos que aparezca o se pruebe lo contrario. En ese caso surge la acción para el cónyuge que ha hecho el aporte, a fin de desvirtuar tal presunción y entonces del modo expuesto en este fallo puede demostrar su aseveración.

Está comprobado en autos que Erasmo Sánchez era dueño de una fábrica de cigarros en El Espinal, cuando contrajo matrimonio con Soledad Sánchez y que aportó esa fábrica al matrimonio; luego al hacerse la liquidación de la sociedad conyugal se debe reconocer el valor de tal aporte, el que tenía la fábrica el día en que Erasmo contrajo el matrimonio con Soledad Sánchez, y ese aporte debe fijarse en la ejecución de ta sentencia, por cuanto que la prueba pericial que al respecto se adujo a los autos no está completa.

El recurrente estima que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho y en error también de derecho, por cuanto no consideró que los semovientes a que se refiere el hecho séptimo de la demanda, fueran de terceros, o sea de Paulo E. Rodríguez y Zoilo Cañón, sino que estimó que son de la sociedad conyugal prenombrada y hoy disuelta. Señala como violados en consecuencia de ese error los artículos 1795 del Código Civil por aplicación indebida, 762, 699 de la misma obra y 697 y 609 del Código Judicial, entre otros.

La Corte considera: Para esta Superioridad está plenamente comprobado en los autos que antes de morir Soledad Sánchez, su marido había vendido a Paulo E. Rodríguez y Zoilo Cañón los semovientes enumerados en el hecho séptimo de la demanda, para lo cual tenía plena facultad, sea que se considere que esos semovientes los había adquirido antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, cosa muy improbable, o sea que se estimen, como es lo probable, que los había adquirido después.

Está asimismo comprobado que a la muerte de Soledad esos semovientes estaban en poder de los compradores mencionados, quienes los tenían a pastaje en un predio de propiedad de Erasmo Sánchez, lo que concurre a demostrar que éste no los tenía como propios sino que reconocía dominio ajeno. Pero hay más: está acreditado que esos semovientes los vendió Sánchez para pagar a la Sociedad de Crédito Agrario e Industrial, una deuda. Fue, pues, una venta, la de los semovientes, de bienes sociales verificada durante la existencia de la sociedad conyugal, y una deuda contraída también durante la sociedad conyugal, y pagada, según se ve de autos, por Erasmo Sánchez, pocos días después de disuelta esta sociedad. Se concluye de lo anterior que, así como deben excluírse de los inventarios los semovientes mencionados, Erasmo Sánchez no puede reclamar el valor de la deuda que pagó, puesto que con bienes, los semovientes, adquiridos durante la sociedad conyugal, pagó una deuda contraída durante la existencia de aquélla, y que al no haber sido cancelada pesaría hoy sobre la sociedad.

No hubo, a juicio de la Corte, aplicación indebida del artículo 1795 del Código Civil, sino violación del artículo 669 de la misma obra, porque con la prueba aducida por el demandante, que no estimó debidamente el fallador, no dándole por tanto aplicación al artículo 697 del Código Judicial, se desconoció el derecho de dominio de los compradores de los semovientes y se desconoció un hecho palmario en los autos,

a saber: que al disolverse la sociedad conyugal que existió entre Erasmo y Soledad Sánchez, esos semovientes no pertenecían, no eran de dicha sociedad, por haberlos vendido el marido, antes de su disolución, lo que vale decir, durante la existencia de la sociedad.

Quiere lo anterior decir que el segundo cargo a la sentencia debe también prosperar.

El demandante adquirió el predio de *Palestina,* desmembración del antiguo fundo llamado *La Joya,* por remates verificados ante la Junta Municipal de Hacienda de El Espinal, en los días 23 de julio y 27 de diciembre de 1934. Luego tal predio, formado de tres porciones, fue adquirido a título oneroso durante la existencia de la sociedad conyugal prenombrada.

Es cierto que mientras ésta no se hubiera liquidado o disuelto, podía Erasmo Sánchez venderla independientemente del concurso de su mujer. Pero fallecida ésta y producido por ese fallecimiento el fenómeno de la disolución de la sociedad conyugal (artículos 1820, numeral 1º, y 152 del Código Civil y 1º de la Ley 28 de 1932) el predio de *La Palestina,* es bien social, entró al patrimonio de la sociedad conyugal disuelta y en estado de liquidación, y debe partirse y adjudicarse según las normas del Código Civil.

Así lo resolvió el sentenciador de Ibagué, en lo cual acertó, dando aplicación al artículo 1º de la Ley 28 de 1932, y siguiendo la doctrina que al respecto ha sentado la Corte, que transcribe en parte y que reproduce hoy nuevamente esta corporación: "Disuelta la sociedad conyugal, surge bajo el imperio de la reforma, como también surgía bajo el imperio del Código Civil, la comunidad sobre los bienes sociales existentes en ese momento en poder de cualquiera de los cónyuges, comunidad que se habrá de liquidar conforme a las reglas del Código".

El recurrente acusa al respecto el fallo por quebrantamiento del artículo 1º de la citada Ley 28, pero la violación de esa norma no existe, por lo que acaba de expresarse. El texto de ese artículo es de una claridad meridiana.

El mismo recurrente está en el fondo de acuerdo con lo anterior, y no prohija francamente el cargo que al respecto hace a la sentencia, y por eso dice: "En cuanto a este punto, como ya lo había anunciado en el capítulo preliminar, la acusación al fallo no es de mi personal iniciativa: me limito a acusarlo por violación del artículo 1º de la Ley 28 de 1932, trayendo la voz de mi cliente y de sus apoderados en instancias".

El cargo no puede prosperar y de acogerlo se llegaría a la tesis inadmisible de que la Ley 28 de 1932, terminó con las sociedades conyugales, contrariando el texto, el espíritu y el alcance de dicho estatuto. Por eso desde que por vez primera y en sentencia de 20 de octubre de 1937 (*Gaceta Judicial,* tomo XLV, número 1928), fijó la Corte el alcance de la Ley 28 y su interpretación, muy claramente estableció la existencia de las sociedades conyugales, bajo el nuevo estatuto.

Por 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, *revoca* la de primer grado y *falla* así este pleito:

Primero. La sociedad conyugal, hoy disuelta, formada por el matrimonio de Erasmo Sánchez S. con Soledad Sánchez y las sucesiones de esta última y de María Inés Sánchez de Rodríguez, deben pagar a Erasmo Sánchez y por lo tanto incluírla como crédito a su favor en los inventarios y avalúos del juicio de sucesión de la señora Sánchez de Sánchez, la cantidad que por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial se fije por peritos, como valor de la fábrica de cigarros denominada *El Cóndor* que el demandante Erasmo Sánchez tenía en El Espinal, el día 18 de noviembre de 1919 y que aportó al matrimonio. Esa fijación no podrá pasar en ningún caso de la suma de tres mil pesos.

Segundo. Los semovientes relacionados en el hecho séptimo de la demanda, por haber salido de la sociedad conyugal que existió entre Erasmo Sánchez y Soledad Sánchez de Sánchez, antes de su disolución, deben excluírse de los inventarios y avalúos practicados o que se practiquen en el juicio de sucesión de la expresada señora Sánchez de Sánchez;

Tercero. No es el caso de excluír de esos inventarios y avalúos la finca o hacienda denominada *La Palestina,* compuesta de tres lotes que hicieron parte del globo de terreno denominado *La Joya,* jurisdicción de El Espinal, por pertenecer dicha finca o hacienda con todas sus anexidades, mejoras y semovientes, a la sociedad conyugal disuelta, que existió entre Erasmo Sánchez y Soledad Sánchez;

Cuarto. Se niegan todas las demás peticiones 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.

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

Acción de nulidad de un contrato y de reivindicación

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demanda contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 28 de febrero de este año, confirmatoria de la del Juzgado 5º Civil de este Circuito, de 19 de febrero del año pasado, que negó las peticiones de la demanda inicial y de la adicional y absolvió a los demandados, en el presente juicio ordinario de Rosaura Díaz de Rodríguez contra su marido Jesús María Rodríguez Garavito y contra Luis Alfonso Monsalve para que éste sea condenado a restituír a la aludida sociedad conyugal el inmueble determinado en el libelo y a pagarle sus frutos, mediante la declaración de ser nula la venta que Rodríguez hizo de ese bien a Monsalve, o, subsidiariamente, por virtud de la declaración de ser simulada tal compraventa.

Rodríguez y la actual demandante se casaron en Arbeláez el 1º de diciembre de 1922. Aquél compró la casa de Dimas A. López determinada en el respectivo instrumento, que es la escritura número 907, otorgada en la Notaría de Fusagasugá el 17 de diciembre de 1926, en la cual se advierte que esa finca está embargada en ejecución contra López para el pago de suma de dinero asegurada con hipoteca de ese bien. Ese crédito hipotecario lo adquirió Rodríguez por escritura número 689 ante el Notario 2º de Bogotá el 4 de marzo de 1927. Y por escritura número 977, ante el Notario 1º de Bogotá, el 19 de mayo de 1936 Rodríguez vendió a Monsalve esa casa junto con el solar o terreno contiguo que allí dice haber adquirido por adjudicación en juicio divisorio.

La señora Díaz, fundándose en la fecha de aquellas adquisiciones (1926 y 1927) y en que fueron a título oneroso, por lo cual entraron al haber social, conceptúa que es nula la enajenación hecha más tarde por el solo marido ya bajo la vigencia de la Ley 28 de 1932; y al propio tiempo conceptúa que no hubo precio en esta venta, lo que la hace nula, y además afirma que fue simulada. De ahí sus súplicas de nulidad, de las que deduce la de recuperación de la finca de manos de Monsalve y pago de sus frutos en favor de la sociedad conyugal, en cuyo nombre y para la cual obra ella.

La negativa de Juzgado y Tribunal obedece principalmente a que, en su concepto, la fecha y título de adquisición de la casa no fue la de la citada escritura de 1926, sino el remate hecho por Rodríguez de esa finca en la aludida ejecución, en la cual se hizo parte como cesionario del acreedor hipotecario, de donde los sentenciadores de instancia deducen que, verificado el remate el 26 de enero de 1933, es decir, estando ya vigente la Ley 28, pudo el rematador enajenar libremente por sí solo y no puede procederse como correspondería a la falta del concurso de su mujer si la adquisición hubiera sido anterior a tal vigencia. Y por lo que hace al lote de terreno agregado a la casa, según Rodríguez dijo al vender a Monsalve, echaron menos el título de adjudicación en el aludido juicio divisorio a que se refiere aquél al vender, pues en el proceso obran sólo escrituras de compra de derechos proindiviso en un terreno común contiguo a esa casa.

El Tribunal observa que, si se siguieran las afirmaciones de la señora sobre dominio de la sociedad conyugal, lo que se deduciría de ahí sería que Rodríguez vendió cosa ajena al proceder por sí solo ya bajo la vigencia de la Ley 28 de 1932; pero no la nulidad de esta venta, puesto que la venta de cosa ajena es válida; y agrega que, dentro de ese concepto de dominio en la sociedad conyugal, la señora en su representación pudo demandar directamente con acción reivindicatoria a Monsalve, sin necesidad de invalidar la compra de éste que, por lo mismo de tratarse de cosa ajena, no podría él oponérsela al verdadero dueño.

A pesar de hallar el Tribunal que, por consiguiente, erró la actora al demandar nulidad y también al hacer depender de ésta su pretensión sobre dicho inmueble y sus frutos en favor de la sociedad conyugal, y a pesar de no estar planteada expresamente la acción reivindicatoria, el Tribunal con acertado criterio de amplitud, en vista de que está pedida esa restitución y pago de frutos, entra en el estudio de la acción reivindicatoria. Sobre este proceder favorable a la demandante, hoy recurrente, no puede entenderse extendido el recurso, porque tal inteli-

gencia de sus reclamos actuales iría contra lo dispuesto en el artículo 494 del Código Judicial.

Y ya situado el debate en la acción reivindicatoria, el Tribunal no la acoge, tanto por lo dicho respecto de no haberse identificado el solar anexo ni traídose su título de adjudicación a Rodríguez, cuanto por la circunstancia ya expuesta aquí de que fue el remate de 26 de enero de 1933 y no la escritura de compra en 1926 el título de adquisición y de que, en consecuencia, no se puede proceder como correspondería al tratarse de un bien adquirido por la sociedad conyugal antes de la vigencia de la Ley 28, la que entró a regir el día 1º de enero de aquel año (1933).

El abogado de la demandante funda el recurso de casación invocando en primer lugar el motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial para acusar de quebranto de disposiciones sustantivas, ya directo, ya por efecto de error en la apreciación de las pruebas, que son en su mayor parte las ya mencionadas aquí.

Esas disposiciones, a más de las pertinentes de la citada Ley 28, son los siguientes artículos del Código Civil:

762, 780 a 783 y 950, por haberse desconocido la posesión de la sociedad conyugal sobre casa y lote, y negádole su dominio.

1741 y 1743, por haber vicio en la venta de lo ajeno y negarse la consecuencial nulidad.

961 y siguientes, por no haberse decretado la restitución demandada y el pago de frutos.

1781, por desconocerse que la adquisición a título oneroso de un bien por cualquiera de los cónyuges durante la sociedad, entra a formar en el haber social.

1521, por reputarse nula la compra hecha por Rodríguez en 1926, en razón del embargo, a pesar de haber mediado el consentimiento del acreedor a que esa misma diposición se refiere para no dar lugar a tal consecuencia, consentimiento que el recurrente encuentra en el hecho mismo del remate ulterior de la finca embargada, por haberse verificado en juicio en que López y Rodríguez eran parte.

2452 y 2492 a 2495, porque obligan a entender que si Rodríguez, dueño del crédito hipotecario, obtuvo como tál el puesto correspondiente en las ejecuciones contra López y vino a ser rematador, el remate no fue sino la refrendación o ratificación de la citada compra a López en 1926.

738 y 739, porque en entender del recurrente, el Tribunal desconoce las mejoras puestas en la casa por la sociedad conyugal y los concomitantes derechos de ésta, y, de otro lado, porque desoye lo que las pruebas sobre esas mejoras acreditan respecto de la posesión por la sociedad.

Se considera:

El Tribunal no incurrió en error al reclamar en la citada escritura de compra por Rodríguez de la casa de López la falta del mandato con que para otorgarla compareció quien se decía mandatario de este dueño; ni tampoco al observar que ese inmueble estaba embargado, según declaración expresa de esa misma escritura, a más de acreditarlo el proceso, reconoció la nulidad absoluta que forzosamente ello implica. Sin que sea aceptable el concepto del recurrente sobre que el remate significa el consentimiento del acreedor a que con calidad de excepción se refiere el artículo 1521 en su numeral 3º, porque salta a la vista que por tal consentimiento no puede entenderse el hecho de que más tarde venga a rematarse lo vendido.

Respecto de las disposiciones sobre posesión y dominio antedichas, es evidente que, dada la senda que tomó el Tribunal para decidir, ni ocasión tuvo de quebrantarlas, puesto que lo decisivo de su fallo, como repetidamente se ha dicho aquí, fue que la adquisición, por hecha ya bajo la vigencia de la Ley 28, capacitó a Rodríguez para enajenar por sí solo, sin el concurso de su consorte, de conformidad con lo que esta ley establece.

De igual manera, ni ocasión hubo de quebrantar los artículos 981 y siguientes, reglamentarios de las prestaciones mutuas, puesto que se negó la reivindicación, y es en habiéndola cuando cabe aplicarlas y cuando, por ende, cabe violarlas, ya dejando de aplicarlas, ya aplicándolas en forma distinta a lo que al caso corresponda.

Ante el artículo 1871 del mismo Código, es inadmisible la opinión del recurrente sobre nulidad de la venta de cosa ajena. Esa disposición, como es bien sabido, la declara válida, a tiempo que deja a salvo los derechos del verdadero dueño. Inadmisible, pues, el cargo de violación de los artículos 1741 y 1743, por ese motivo.

Cuanto al 1781, se observa que el Tribunal no niega que al haber social ingrese cuanto durante la sociedad cualquiera de los cónyuges adquiera a título oneroso. Su fallo no se funda en semejante negativa, sino en que las adquisiciones de cualquiera de ellos ya bajo la Ley 28 se hallan en situación distinta a las que se hallaban formando el patrimonio social cuando ella entró a regir.

Tampoco niega el Tribunal, ni en semejante negativa se funda su fallo, que la identidad de patrimonios ante terceros, entre el del marido y el de la sociedad, y la jefatura que a él atribuía el artículo 1806, en relación con el 1805, esto es, la situación regida por esas disposiciones, cesó al regir la Ley 28. Estas diferencias o contraste las reconoce el sentenciador y en manera alguna desoye la doctrina establecida al respecto. Lo

que hay es que, repítese, al tomar como fecha de adquisición la del remate y ver que ella es posterior al memorado 1º de enero de 1933, ve que es inaceptable la pretensión de la demandante, que sería procedente si el remate hubiese sido anterior a este día o si pudiera tomarse como título de adquisición de la casa la escritura de compra de 1926 o la de cesión del crédito hipotecario de 1927.

Es inadmisible la identidad que dice encontrar el recurrente entre esta cesión y el remate de la finca hipotecada. Y sería sólo confundiendo dos cosas tan distintas como podría prosperar su cargo sobre los artículos 2452 y 2492 a 2495.

El Tribunal no decidió ni estudió, ni tenía por qué hacerlo, lo tocante al derecho o crédito que corresponda a la sociedad por haber mejorado la casa. Y esta consideración es suficiente para no hallar quebrantados los artículos 738 y 739.

El reparo consistente en que, habiendo figurado Rodríguez y actuado, más como coadyuvante de la actora que como demandado, las acciones incoadas no han dejado de tener en litigio la personería correspondiente, es inadmisible. Rodríguez fue demandado por la señora, y si a pesar de eso cupiera tenerlo por demandante, no sería posible admitir que alegase en su favor su propia culpa, que sería lo que habría de suceder en tal evento al considerar a Rodríguez, que fue quien vendió la casa a Monsalve, capacitado para demandar a éste, fundándose en que le había vendido cosa ajena. Además, como ya se vio, son los derechos del verdadero dueño los que el artículo 1871 atiende y deja a salvo.

En suma: no son admisibles los cargos que formula dentro del citado motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Aduce también el 7º en cuanto acusa de haberse el Tribunal abstenido de conocer de algunas de las acciones incoadas y de resolver al respecto y declarádolo así en el fallo. Se refiere en esto a las acciones de simulación y de nulidad absoluta. No es procedente la acusación, porque lo que sobre estos temas hizo presente el Tribunal, sin pasarlos por alto en manera alguna, fue que la señora carece de interés jurídico y, por ende, de personería para ejercitar aquéllas, en razón de no serle oponible a la sociedad conyugal la compraventa cuya invalidación pide y de ser innecesaria e inconducente la invalidación de este contrato para la recuperación de la casa y lote y el pago de sus frutos, aun dentro del concepto de la demandante de pertenecer esos bienes a la sociedad conyugal por adquisición anterior a la Ley 28 y haber otorgado el marido esa venta sin la concurrencia de la mujer, ya bajo la vigencia de esta Ley.

Como el recurrente dice que esa nulidad es absoluta y debió declararse de oficio, se advierte que los hechos en que funda este concepto no dan lugar a esa nulidad, pues consisten en que, según él, no hubo precio, porque lo que Monsalve dio a Rodríguez como contraprestación como pago de la casa, fue el crédito que le traspasó por la misma escritura (la de 1936) y este crédito, según el recurrente, nada vale porque no se ha podido hacer efectivo, no obstante activas diligencias para cobrarlo. La escritura, como desde luégo se echa de ver, sí expresa que hubo precio, cuya cifra precisa señala. No adolece, pues, el contrato de esa falta en que el recurrente hace consistir la nulidad absoluta. Además, las acciones a que hubiera lugar por defectos de valor del crédito o en su cobro, que son distintas de esa, a quien asisten o asistirían, en su caso, es a Rodríguez vendedor y no a la señora demandante que no fue parte en ese contrato.

La señora se esforzó por comprobar que del haber social fue de donde tomó Rodríguez cuanto se requirió para los pagos a que dieron lugar las citadas escrituras de 1926 y 1927 y los demás que hubo que hacer para llegar al remate de la casa y a la adjudicación del lote contiguo. En igual sentido obran explícitas afirmaciones de Rodríguez quien, en realidad, como lo afirma sin ambages el apoderado de la señora, en vez de opositor, ha sido su coadyuvante. Pero apenas habrá para qué anotar que lo que de ahí se deduce es la existencia de los respectivos créditos a cargo de él, que fue quien vendió la casa con su lote y mejoras, y a favor de la sociedad conyugal, los que habrán de figurar al liquidarse ésta; y que ello no atañe a las súplicas que constituyen la materia del presente litigio.

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 veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez.—Emilio Prieto H., Oficial Mayor.

Acción de nulidad de un contrato y de reivindicación

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango)

Suscitóse este litigio porque Lisímaco Cruz y Francisco Gutiérrez, vendieron al señor Parménides León, primeramente, una casa de habitación y su terreno correspondiente, sita en la ciudad de Cali, y alinderada como consta en la escritura número 417 de 28 de mayo de 1937, por la cual se hizo la referida venta. En este instrumento declararon los vendedores que le hacían entrega real y material al comprador León y que en virtud del contrato de arrendamiento, allí mismo estipulado, Cruz y Gutiérrez seguirían ocupando la casa como arrendatarios del comprador. En esa misma escritura se estipuló que la venta se hacía con pacto de retroventa por el término de un año.

No ejercitaron los vendedores el derecho de retracto, pero sí volvieron a vender la casa y solares dichos al señor Pedro A. Peña, por medio de la escritura pública número 86 de 24 de septiembre de 1938, visto lo cual el señor Parménides León, primer comprador del inmueble en cuestión, solicitó del Juez correspondiente del Circuito de Cali, que se hicieran estas declaraciones en contra del señor Pedro A. Peña, a quien demandó con tal fin:

"Primera. Que el señor Parménides León, mayor de edad y vecino de Cali, es dueño legítimo y exclusivo del inmueble determinado en el hecho primero de esta demanda, en virtud de compra hecha a los señores Lisímaco Cruz y Francisco Gutiérrez, por medio de la escritura pública número 417 de 28 de mayo de 1937, de la Notaría Tercera de Cali;

"Segunda. Que en consecuencia es nula y de ningún efecto, la escritura pública número 86, de 24 de septiembre de 1938 de la Notaría Primera de Cali, en cuanto contiene un contrato de compraventa celebrado por los señores Lisímaco Cruz M. y Francisco A. Gutiérrez, en favor del señor Pedro A. Peña, del inmueble individualizado en el hecho primero de esta demanda; y que en tal virtud se ordene la cancelación de ese instrumento, en cuanto al contrato de compraventa referido.

"Tercera. Que es igualmente nula y sin efecto alguno la inscripción que del citado instrumento público número 86 de 24 de septiembre de 1938, se hizo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, en cuanto se registró el contrato de compraventa a que se refieren las dos peticiones anteriores.

"Cuarta. Que en consecuencia se ordene la cancelación del instrumento público número 86 de 24 de septiembre de 1938, de la Notaría Primera de Cali y la nota de inscripción del mismo, en los términos de las peticiones anteriores.

"Quinta. Que en consecuencia el demandado señor Pedro A. Peña, está obligado a restituir al señor Parménides León, inmediatamente a la ejecutoria de la sentencia, el inmueble individualizado en el hecho primero de esta demanda, con todos sus frutos naturales y civiles, percibidos desde el 24 de septiembre de 1938, hasta el momento de la entrega y no únicamente los percibidos sino los que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, pues el señor Peña es poseedor de mala fe.

"Sexta. Que en caso de oposición se le condene al pago de las costas de este juicio."

Después de algunas incidencias, cerróse el juicio en primera instancia con la sentencia de fecha 18 de mayo de 1942, que dice:

"1º El señor Parménides León, mayor de edad y vecino de este Municipio, es dueño legítimo y exclusivo del inmueble materia del presente litigio, o sea de una casa de habitación con su terreno correspondiente que mide de frente cinco (5) metros por catorce metros ochenta centímetros (14.80) de fondo, situada en la manzana "C" del barrio Sucre de esta ciudad y alinderada así: Norte, la muralla del Municipio de Cali; Sur, la carrera novena; Oriente, propiedad de Delia Marmolejo de Pereira; y Occidente, predio que fue de los señores Lisímaco Cruz y Francisco Gutiérrez, cuya casa se distingue con el número 18-47.

"2º Como consecuencia de lo anterior, el señor Pedro A. Peña, demandado, está obligado a res-

tituir al señor Parménides León, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, el inmueble determinado en la declaración anterior.

"3º No se hacen las condenaciones de que hablan las peticiones 2ª, 3ª y 4ª de la demanda, por las razones dadas sobre el particular, en el cuerpo de este fallo.

"4º Con costas a cargo del demandado."

Ambas partes apelaron de este fallo y el Tribunal Superior de Cali, en proveído de fecha 16 de febrero del año en curso, confirmó la sentencia apelada, adicionándola con la 'condena al señor Pedro A. Peña a pagar al señor Parménides León, los frutos percibidos o que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, desde la contestación de la demanda, o desde la fecha en que ha debido contestarla. Igualmente lo condenó a las costas de la segunda instancia."

El demandado Pedro A. Peña, interpuso el correspondiente recurso de casación, que le fue concedido y que hoy se resuelve de acuerdo con las siguientes consideraciones.

Como primer reparo observa el recurrente que a pesar de haber propuesto en su alegato de segunda instancia las excepciones de carencia de acción, inexistencia de la obligación y pleito pendiente, el Tribunal en su fallo no las tuvo en cuenta para nada.

Ningún fundamento legal puede hallarse a este cargo en que el recurrente parece plantear la acusación por la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial, pues de las defensas a que alude, propuestas en el segundo grado del juicio, las dos primeras no son propiamente excepciones, y la última, como simplemente dilatoria que es, no podía ser propuesta sino dentro del término legal para contestar la demanda. La llamada "carencia de acción" no es excepción, porque ésta presupone la acción que ella enerva o destruye; y la denominada "inexistencia de la obligación" tampoco tiene tal calidad exceptiva, porque no es excepción perentoria la simple negación del derecho afirmado por el actor sino un hecho impeditivo o extintivo que excluya sus efectos jurídicos. Las dos cuestiones que de esta manera se propusieron con la equivocada denominación de excepciones se refieren al reconocimiento del derecho sustantivo que constituye el motivo de la controversia y la materia de la sentencia que la desató. Por lo que hace a la excepción dilatoria del pleito pendiente, propuesta, como ya se vio, intempestivamente, no puede estimarse por lo mismo como una pretensión oportunamente deducida por uno de los litigantes.

En estas condiciones, no es justo ni acertado afirmar que el Tribunal planteara al sentenciar una situación irregular de incongruencia con la demanda, por el sólo hecho de no haber mencionado en su fallo y de modo especial las excepciones a que se ha hecho referencia, porque la verdad es que no dejó de resolver sobre ninguna de las cuestiones propuestas legalmente para la decisión judicial.

Cree el recurrente que el Tribunal incurrió en causal de nulidad por haber conocido de un asunto que no era de su competencia, nulidad que al presente no ha sido saneada, conforme a la ley.

Se hace consistir este reparo en que el contrato contenido en la escritura número 417 de 28 de mayo de 1937, solo alcanzó un valor de cuatrocientos pesos ($ 400) y que este precio es el que debe tenerse en cuenta para fijar la jurisdicción del Juez.

Nada tan infundado como este reparo. El demandante estimó la acción en tres mil pesos ($ 3.000), sin que esa estimación mereciera reparo alguno por parte de los recurrentes. Por el contrario, el señor Peña al establecer su recurso ante el Tribunal se expresa así: "Este recurso lo interpongo para ante la honorable Corte Suprema de Justicia, y a él tengo derecho porque la cuantía del negocio es mayor de tres mil pesos ($ 3.000)".

Aceptado lo anterior no puede el demandado, en casación, sostener que el Juez y el Tribunal conocieron de un asunto que estaba atribuído a otro Juez en razón de esa cuantía. Es por tanto infundado el cargo.

Considérase quebrantado el artículo 1873 del Código Civil, por cuanto el Tribunal prefirió la venta hecha al señor Parménides León a la verificada al señor Pedro A. Peña por cuanto a aquél en ningún momento se le hizo entrega material de la cosa.

Injustificado es el reparo. En la escritura número 417 por la cual Lisímaco Cruz y Francisco A. Gutiérrez vendieron a Parménides León el inmueble de que se trata, hicieron constar que los vendedores le hacían entrega real y material de la cosa vendida al comprador y que, el comprador a su vez, daba en arrendamiento a los mismos vendedores la casa que adquirió por ese instrumento. Está comprobado por manifestación de los mismos vendedores que le hicieron entrega real a León, y que ellos siguieron en posesión

de la casa a nombre del comprador, con título precario de arrendatarios. Aplicó, entonces, correctamente el Tribunal la disposición citada al preferir a León a Peña por habérsele entregado a aquél primeramente la casa, ya legal, ora materialmente, porque el título de León fue registrado el 7 de junio de 1937 y el de Peña en 10 de octubre de 1938, y la entrega de que habla el artículo 1873 se refiere al registro, de la escritura de venta, pues la duda a que podría dar ocasión esta citada disposición, desapareció por la interpretación que con autoridad hizo el legislador al sancionar el artículo 887 del Código Judicial.

La violación del artículo 764, que es otra disposición de las que el recurrente cita como quebrantadas, consiste en que el sentenciador lo consideró como poseedor de mala fe por haberlo condenado al pago de los frutos desde la fecha en que debió contestarse la demanda, siendo así que él es poseedor de buena fe. Carece igualmente de razón el recurrente en este aserto. El Tribunal expresamente lo consideró como poseedor de buena fe, pero el poseedor en este carácter, cuando es vencido en juicio, no está exento de pagar los frutos que hubiere percibido o podido percibir desde la contestación de la demanda. Así lo ordena el inciso 3º del artículo 964 del Código Civil.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no infirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, el diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas en el recurso por lo antedicho.

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

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez.—Emilio Prieto Hernández, Oficial Mayor.

Acción petitoria de pago de perjuicios por culpa extracontractual

1. Innúmeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto le ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración.

2. El derecho de denunciar criminalmente, constitutivo también de obligación o deber legal, no es por sí un acto que pueda comprometer la responsabilidad civil del denunciante; pero puede llegar a constituír una culpa y de este modo fuente de una obligación, cuando no se hace con un objetivo serio y de justicia, y con buena fe y honestamente, pues asume entonces la naturaleza y consecuencias del acto abusivo e ilícito. No basta para demostrar la ilicitud, la mera circunstancia de que la investigación culmine con un sobreseimiento o sentencia absolutoria. Es necesario que el demandante produzca la prueba plena de las circunstancias especiales constitutivas de la culpa.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca)

Se ha originado este pleito en los siguientes antecedentes:

El 25 de febrero de 1934 Abigaíl Rondón contrajo matrimonio con Joaquín Salazar Díaz, quien entonces contaba ochenta y dos años de edad.

Se afirma que el 12 de diciembre de 1935 nació de esta unión una niña a quien se bautizó con el nombre de María Concepción.

Muerto Joaquín Salazar Díaz quedaron como sus herederos, Amalia Salazar de Ortega, hija suya de un anterior matrimonio, y María Concepción Salazar Rondón.

Amalia Salazar de Ortega, estimando que por la avanzada edad de su padre y por algunas enfermedades que padecía al tiempo de sus segundas nupcias era incapaz de engendrar, por lo cual María Concepción no era su hija sino el producto de un falso parto fingido por la cónyuge para lograr la herencia del marido, denunció el 16 de agosto de 1937, ante las autoridades correspondientes, a Abigaíl Rondón v. de Salazar y a quienes la investigación revelara como sus cómplices, auxiliadores o encubridores, por el delito definido y castigado en el artículo 738 del Código Penal anterior al establecido en la Ley 95 de 1936.

El 10 de enero de 1938 la denunciante se constituyó acusadora particular en las referidas diligencias informativas, acusación que fue debidamente admitida y juramentada de acuerdo con las disposiciones vigentes para entonces. Para responder de las costas y resultados pecuniarios del juicio, Lucinio Ortega se constituyó fiador de la acusadora por la suma de tres mil pesos por medio de la escritura número 863 de 27 de abril de 1937, en cumplimiento de auto del Juez.

Perfeccionada la información sumaria, el Juzgado del conocimiento —2º Penal del Circuito de Bogotá— calificó el mérito de la investigación en auto del 9 de julio de 1940 y sobreseyó definitivamente en favor de la acusada por no hallar la base probatoria necesaria para llamarla a responder en juicio criminal. Este auto fue confirmado por el Tribunal Superior en el de 9 de octubre del mismo año, y en la providencia con que esa Superioridad denegó el recurso de reposición, salvó el voto uno de los Magistrados por considerar que lo legal era revocar el auto de sobreseimiento para que se ampliara la investigación en orden a su perfeccionamiento respecto de los delitos de falsedad y estafa.

Con base en estos hechos, y afirmando que el denuncio criminal a que se ha hecho referencia no tuvo otro móvil que excluír de la sucesión de Joaquín Salazar a su cónyuge e hija del segundo matrimonio para adueñarse la denunciante de toda su herencia, Abigaíl Rondón v. de Salazar, en libelo de fecha 28 de enero de 1942, repartido al Juzgado 6º Civil de este Circuito, demandó a

Amalia Salazar v. de Ortega para que se le condenara a pagarle la suma de $ 8.000 en que estima el valor de las costas y gastos que le ocasionó en el proceso criminal mencionado en que actuó como acusadora particular, más la cantidad de $ 50.000 en que estima el valor de los perjuicios materiales y morales que le causó el denuncio temerario de que la hizo víctima constituyéndola sujeto de un proceso penal sin fundamento. Pide también que se le condene al pago de las costas de este juicio.

Corrido el traslado legal de la demanda, la demandada Salazar de Ortega la contestó oponiéndose a todas las solicitudes de la actora y reiterando su afirmación de que existió simulación de parto y de que a pesar del sobreseimiento, la verdad es que no demostró que hubiera existido en realidad. Agotada la tramitación del grado, se pronunció con fecha 9 de septiembre de 1942, sentencia totalmente absolutoria, con costas a cargo de la actora.

Sentencia acusada.

Hizo subir el negocio al Tribunal Superior del Distrito la apelación que la parte actora interpuso oportunamente contra la sentencia del Juzgado, que fue confirmada en todas sus partes por la definitiva de segunda instancia proferida el 1º de febrero del año que corre.

La exposición de motivos de este fallo se refiere separadamente, con base en los pedimentos de la demanda, a las dos acciones intentadas por la actora: la que se endereza al pago de las costas y gastos ocasionados por la demandada en las diligencias criminales en que se constituyó acusadora particular, y la que busca la indemnización de los perjuicios ocasionados por el abuso del derecho de denuncia criminal. Por lo que hace a la primera, consideró el sentenciador que si el Juez Penal no condenó en costas a la acusadora particular, según las leyes vigentes entonces, fue porque consideró, a la luz de las pruebas sumariales, que la acusación no fue temeraria, ni falsa, y en estas condiciones, siendo las costas una institución procesal complementaria y accesoria del asunto debatido ante la justicia, resulta extemporáneo e improcedente reclamarlas en juicio separado del en que se pretenden causadas. Y por lo que hace a la indemnización por el hecho de haberla sometido a una investigación criminal injustamente, no halló el Tribunal en el denuncio ni en la acusación particular, los elementos de culpa necesarios, la temeridad o los fines desviados, cuya comprobación corre a cargo del demandante y con los cuales, plenamente demostrados, se puede comprometer la responsabilidad civil de quien da lugar a la formación de diligencias criminales informativas. "Pero es más: —añade la sentencia— en hipótesis de que la denuncia se pudiera considerar como culposa y, por tanto, como fuente de indemnización del daño causado, se encuentra que éste no se halla probado en autos bajo ninguna forma".

El recurso.

Contra esta sentencia, sintetizada en sus fundamentos principales, interpuso el actor el recurso de casación que hoy se decide al final de sus trámites legales.

Invoca como causal la primera de las del artículo 520 del Código Judicial y cita como disposiciones infringidas ya directamente, por errónea interpretación y como efecto de mala apreciación de pruebas, las de los artículos 666, 1494, 2341, 2356 y 2536 del Código Civil, 34 de la Ley 57 de 1887, 473, 474 y 734 del Código Judicial, y 1609, 1610, 1611 y 1612 del antiguo Código de Procedimiento Penal.

Y funda el recurrente sus cargos de violación legal en estos razonamientos:

La acusada tenía derecho a que su acusadora particular fuera condenada al pago de las costas en los términos del artículo 1611 del Código de Procedimiento Penal antiguo. Este derecho, personal y de orden completamente patrimonial, originado en el hecho, por lo menos culposo, de denunciar y acusar criminalmente sin ningún fundamento, fue desconocido y sacrificado por el Tribunal al concluír erróneamente que por no haber estatuído nada el auto de sobreseimiento en materia de costas "fue seguramente porque encontró que la acusación no era temeraria ni falsa". Si nada dijo el juzgador sobre el particular, es obvio que quedó vivo el derecho personal para reclamar esa condena en juicio ordinario y ante los Jueces civiles, de modo que al desechar el Tribunal la acción concerniente a las costas con el motivo expresado, quebrantó también los preceptos normativos de la cosa juzgada. La cuestión de si hubo o nó temeridad en la acusación, es cosa que se refiere exclusivamente al pago de costas, como lo establecían los artículos 1611 y 1612 del Código de Procedimiento Penal anterior, pero esa calificación de la temeridad no puede condicionar en manera alguna el derecho a la indemnización por daños materiales y morales causados por el denuncio infundado y que se rige por los artículos 2341, y 2356 del Código Civil, de manera que es ilegal concluir, como lo hace el Tribunal, que por no haber sido declarada la temeridad en el proceso criminal no pueden los Jueces civiles decretar una indemnización por perjuicios, para lo cual basta la existencia de una simple culpa. Afirma también el recurrente que las violaciones de ley que imputa a la sentencia, son fruto de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al estimar las copias del proceso

penal que se acompañaron a la demanda, de las cuales, en su concepto, resulta la temeridad y la culpa con que procedió la demandada Amalia Salazar de Ortega al formular su acusación criminal, porque habiendo Joaquín Salazar declarado que María Concepción era su hija, "el desconocimiento de esa declaración no sólo implica una culpa, sino una manifiesta temeridad". Finalmente; y como único aporte de la demanda de casación relacionada con la cuestión de la existencia del daño, que el Tribunal halló sin prueba ni demostración alguna, dice: "Probada como está en el proceso la temeridad o dolo, y con mayor razón la culpa, el daño aparece igualmente, sobre todo en su aspecto moral, a cuyo pago ni siquiera condenó el Juzgador de la segunda instancia".

Considera la Sala:

Aunque en último sitio y como a cosa de secundaria importancia se alude en la demanda fundamental del recurso al punto de los perjuicios, la Sala, invirtiendo el orden de las acusaciones, considera en primer término este aspecto de la cuestión, que la sentencia estudió en capítulo separado como uno de los tres elementos que integran indispensablemente la responsabilidad civil extracontractual: culpa, daño y relación de causalidad entre éste y aquélla.

Innúmeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración.

Se dijo al sintetizar la motivación del fallo acusado que el Tribunal advirtió, después de estudiar detenidamente el elemento culpa, que ni aun en la hipótesis de que ésta existiera podría declararse la responsabilidad civil demandada, porque a los autos no se había allegado ninguna prueba sobre la existencia del daño. Al final del capítulo en que analiza este factor de la responsabilidad repite el Tribunal esta conclusión.

"Es claro —dice— que aun cuando la denuncia se considere culposa, que no lo es, no prosperaría la acción para el pago del perjuicio material y del moral objetivo por ausencia de prueba de uno de los elementos básicos de la misma cual es el daño". Sustentándose, pues, la sentencia acusada en dos bases: inexistencia de culpa e inexistencia de daño, es necesario destruirlas ambas para que prospere el recurso de casación, demostrando la ilegalidad de sus conclusiones. Y apenas hay para qué advertir que el cargo que se endereza y destina contra la conclusión en materia de perjuicios, es totalmente ineficaz para el efecto, porque versando sobre una cuestión de hecho como es la prueba del perjuicio, requiere cita de los elementos probatorios cuya estimación omisa dio lugar a la conclusión que se considera ilegal. Pero sobre el particular la demanda de casación no contiene nada distinto del párrafo arriba transcrito, en que el recurrente parece insinuar la tesis de que en esta clase de acciones el daño va implícito en la demostración de la culpa.

Bastaría lo dicho para no casar la sentencia, porque quedando a salvo con plena suficiencia uno de sus fundamentos, el recurso quedaría destroncado. Sin embargo, la Sala se refiere a las demás acusaciones de la demanda.

—

La absolución recaída a la primera petición de la demanda sobre pago de costas y gastos causados a la actora en el proceso criminal en que la demandada se constituyó acusadora particular, aparece como consecuencia de una cabal interpretación de las disposiciones que en el antiguo Código de Procedimiento Penal regían la institución, abolida ahora, del acusador o persona "que pide a la justicia que castigue a un delincuente, constituyéndose parte y comprometiéndose a probar la verdad de sus aserciones", como la definía el artículo 1597 de la obra citada.

De estas disposiciones del derogado Código de Procedimiento Penal, citadas por el recurrente como violadas por el Tribunal, los artículos 1609 y 1610 imponían al acusador la obligación de rendir fianza, a satisfacción del Juez, para responder de las costas y resultados pecuniarios del juicio, si éste fuere adverso, y por cuantía proporcionada a los costos y costas que se calcularan como necesarias para la defensa del acusado. El artículo 1611 decía:

"El acusador no será condenado en costos y costas sino cuando la acusación sea declarada falsa y temeraria; y lo será: 1º, cuando el acusador no pruebe de modo alguno la acusación; 2º, cuando se le pruebe que sus testigos los adquirió por soborno o cohecho; y 3º, cuando resulte que los documentos que presentó fueron falsificados por él, o que los exhibió con conocimiento de su falsedad."

Y el 1612 estatuía: "No será declarada falsa y temeraria la acusación cuando el acusador ha presentado dos o más testigos para probar su acusación, aunque después hayan sido tachados

por otro motivo que el indicado en el artículo anterior, o que su dicho sea desvanecido por un número mayor de testigos o por documentos de mayor credibilidad".

Lógicamente se deduce de estos textos legales, no expuestos por su claridad a interpretaciones equívocas, que el Juez penal no podía declarar falsa y temeraria la acusación sino en los casos y condiciones que establecía la ley. En otros términos, la temeridad, como calificativo para determinados efectos de la acusación, estaba definida en la ley, y su calificación correspondía privativamente al Juez del crimen sobre la estimación del acervo probatorio allegado a la investigación. Sólo en el caso de que se reunieran los requisitos legales era procedente la declaración de acusación temeraria; no habiéndolo no se incurría en ninguna ilegalidad dejando de calificar la acusación, que no siendo temeraria ni falsa no producía ninguna consecuencia especial. La obligación de pagar los costos y costas causados al acusado para su defensa no nacía sino al sobrevenir la calificación judicial de temeridad, a que se ha hecho referencia, en vista de las pruebas del proceso penal y por el Juez de esa jurisdicción, y en este caso, como se ve de las copias traídas al expediente, no fue temeraria la acusación porque se basó en más de dos testimonios, aunque fueran desvanecidos posteriormente por otros más numerosos que el Tribunal acogió para fundar el sobreseimiento, como está dicho en el siguiente pasaje del au correspondiente:

"Al expediente se ha traído por las partes interesadas muchos testimonios. Un grupo de testigos sostiene que nunca notaron en la señora Abigaíl durante su matrimonio con don Joaquín signos de embarazo y por eso se sorprendieron cuando supieron que había dado a luz una niña. En cambio otros testigos afirman que vieron a la señora Abigail en todo ese tiempo y notaron que tenía más abultado el vientre con claros signos de un embarazo. Estos últimos testigos merecen indudablemente mayor credibilidad que los del primer grupo porque a más de que afirman y los otros niegan, tuvieron más frecuente trato y contacto con la señora Abigail y algunos refieren de los frecuentes comentarios y pullas de las gentes en consideración a la avanzada edad del marido....."

El Tribunal, contra lo que afirma el recurrente en su demanda, no ha negado que una acusación, cuando ha sido judicialmente declarada temeraria, sea fuente de la obligación de pagar costos y costas. Lo que ha dicho con total acierto es que en el caso de autos la acusación no es temeraria porque no la declaró tál el único Juez a quien legalmente y de manera privativa correspondía hacer la calificación. Por otra parte, como muchas veces se ha dicho, la condena en costas, cuando se basa en el ejercicio temerario de las acciones, es cosa accesoria de lo que principalmente se controvierte en el juicio, y por consiguiente no puede debatirse sino dentro de los trámites mismos en que puede actualizarse el concepto de temeridad y no puede ser objeto de demanda en juicio separado.

—

Por lo que hace a la indemnización fundada en el abuso de denunciar criminalmente, denegada en la sentencia, como se vio, por no haber la actora producido la prueba fehaciente sobre la culpa imputada y aducida como fuente de la obligación, tampoco encuentra la Sala que el Tribunal desacertara en la apreciación de las circunstancias peculiares de este caso teniendo en cuenta los elementos objetivos demostrados en el proceso, ni que el recurrente tenga razón al acusarlo por violación directa e indirecta de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil. En muchas decisiones se ha ocupado la Corte de este caso de abuso del derecho como fuente culposa de responsabilidad civil, y ha dicho que el derecho de denunciar criminalmente, constitutivo también de obligación o deber legal, no es por sí un acto que pueda comprometer la responsabilidad civil del denunciante; pero que puede llegar a constituir una culpa y de este modo fuente de obligación, cuando no se hace con un objetivo serio y de justicia y con buena fe y honestamente, pues asume entonces la naturaleza y consecuencias del acto abusivo e ilícito. No basta para demostrar la ilicitud la mera circunstancia de que la investigación culmine con un sobreseimiento o sentencia absolutoria. Es necesario, como ya se dijo en referencia con el daño, que el demandante produzca la prueba plena de las circunstancias especiales constitutivas de la culpa. Y no solamente tratándose de simple denuncio, sino también cuando se impulsa una demanda ante la justicia, ya sea ante la jurisdicción civil o ante la penal constituyéndose parte en un proceso adelantado por el Ministerio Público, pues en ambos casos, como lo enseñan los hermanos Mazeaud, para que haya fuente de indemnización es indispensable que aparezca probatoriamente una culpa suficientemente caracterizada en la denuncia o en la demanda. En el aparte anterior de esta decisión se dejó visto que en el concepto privativo del Juez que adelantó la investigación, la acusación que formuló la demandada no puede considerarse jurídicamente como un acto culposo, capaz de comprometer su responsabilidad. Las bases probatorias de que dispuso la investigación y a que aluden los funcionarios que calificaron su mérito, como el hecho de que un hombre aparezca engendrando más allá de los ochenta y dos años y cuando obran en autos conceptos médicos so-

bre su incapacidad de engendrar, son circunstancias que inducen, no habiéndose planteado la imputación de adulterio a la mujer, a considerar como probable la simulación de parto, aunque la averiguación criminal no hubiera concluído en la demostración del delito.

Oportuno considera la Sala recordar aquí su doctrina sobre la materia del abuso del derecho en casos de denuncios criminales, tomándolo de páginas 56 y 57 del tomo 47 de la *Gaceta Judicial:*

"El artículo 1614 del abolido Código de Procedimiento Penal, vigente a la época en que ocurrieron los hechos que originaron este litigio estatuía: "Todos los colombianos, con las excepciones establecidas en los artículos 90 y 656 del Código Penal, están obligados a denunciar a los funcionarios de instrucción los delitos o culpas que sepan que se han perpetrado, siendo éstos o éstas de aquellos en que puede y debe procederse de oficio, y dar sobre los mismos todas las noticias que tengan y puedan servir para comprobar el hecho y descubrir los delincuentes o culpables".

"Esta norma legal obligatoria de cooperación ciudadana para el mantenimiento del orden jurídico y social, recogida en lo principal en el artículo 12 de la nueva Ley de Procedimiento Penal, ya ha sido estudiada por esta superioridad en sus alcances como posible fuente de responsabilidad civil desde el punto de vista del ejercicio abusivo del derecho, o del deber legal que ella consagra. 'El conocimiento que den los particulares a los funcionarios de instrucción de delitos o de simples culpas, y de las noticias que tengan y que puedan servirles para comprobar el hecho y descubrir los delincuentes o culpables, lejos de constituir un proceder indebido, ilícito, está erigido por la ley en una obligación para los ciudadanos'. Ella ha visto en el concurso de los particulares un medio imprescindible para conocer y castigar las infracciones y conservar el orden social. Quien use de su derecho o cumpla así con su deber, según doctrina general, a nadie daña ni incurre en responsabilidad. Es más: la ley considera encubridor al que, a sabiendas, no denuncia el hecho a la autoridad, pudiendo hacerlo.

"Pero el cumplimiento de éste como de todo derecho requiere que se ejercite normalmente, con buena fe, y en tal forma que se acomode al espíritu de la institución jurídica del denuncio. Toda extralimitación en el uso, que lo haga anormal y fuera de los propósitos de ella, es ya reprensible y no merece protección, porque entonces no tiende a poner a las autoridades en mejor capacidad para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos (artículo 19 de la Constitución Nacional).

"Desde luégo, la apreciación de las circunstancias que muestren como anormal el ejercicio de este deber ciudadano, la extralimitación de los móviles y de los fines que inducen al denuncio, la temeridad y la malevolencia, en una palabra, el abuso del derecho, es cuestión de hecho que corresponde al Juez en cada caso deducir de elementos objetivos demostrados en el proceso, por medio de los cuales se llegue al pleno conocimiento de los objetivos que asistieron al denunciante, teniendo en cuenta que la ley requiere el concurso de los particulares, cuya iniciativa no debe restringirse, pero tampoco usarse para fines que satisfagan únicamente intereses o pasiones personales. En este caso, el uso del derecho tiene por fines no los de la ley, sino los de dañar a otro, lo que entraña responsabilidad civil.

"Lo que la ley colombiana exige al denunciante es que no falte a la verdad en su relato y que dé sobre las culpas y delitos que denuncie todas las noticias que tenga y que puedan servir para comprobar el hecho y descubrir los delincuentes y culpables. El demandante no se obliga a probar su relato (artículo 1613 del Código de Procedimiento Criminal). Ello corresponde a la autoridad. El denunciante no incurre en pena de calumnia sino en la de falso declarante o perjuro, en su caso, si se prueba que ha faltado a la verdad, en su denuncio (artículo 753 del Código Penal). De manera que la ley ha limitado penalmente el derecho, más aún, el deber que ha impuesto a los ciudadanos de colaborar con los funcionarios públicos en el conocimiento e investigación de los delitos". (*Gaceta Judicial,* tomo XLIII, página 460).

"En dos casos bien distintos, según los autores, tiene ocurrencia el fenómeno jurídico del abuso del derecho: cuando se ejerce con la única intención de causar un daño o sin motivo legítimo, esto es, correctamente en el sentido de la legalidad, pero injustamente, lo que sucede en los actos propiamente abusivos, y cuando el derecho se ejerce de una manera mal dirigida, es decir, distinta de su propia y natural destinación o fuera de sus límites adecuados, casos éstos en que la intención maliciosa cede su lugar preferente a la desviación en el ejercicio del derecho como elemento constitucional de la culpa, y que constituyen los llamados actos excesivos. En ambos casos la actividad es evidentemente contraria al derecho, ilícita, constitutiva de culpa. Los hermanos Mazeaud al estudiar la cuestión de si el autor de un denuncio inexacto o de una queja injustificada compromete su responsabilidad civil, la resuelven afirmativamente para los casos en que el denuncio ha sido dado por maldad o con previo conocimiento de su falta de

fundamento, porque entonces ven una culpa delictual; pero consideran que fuera de estos casos de innegable malicia, no se puede establecer como principio la responsabilidad civil del denunciante en todos los casos en que su denuncio no prospere, en el sentido de que no alcance una realidad punitiva. "Si se admite la responsabilidad del que formula un denuncio —dicen— se expone a graves peligros a todos los que su conciencia incita a poner ciertos hechos en conocimiento de la justicia o de un particular. Esto ya sería suficiente para rechazar una solución tan absoluta. Pero existe otro argumento en la definición misma de la culpa, porque el denunciante no incurre en ella sino cuando un individuo normal hubiese obrado de modo distinto de como él lo hizo. Para condenar al autor de la queja, los Tribunales exigen que ésta haya sido puesta *temerariamente, a la ligera, sin verificaciones suficientes.* Es preciso anotar una tendencia en la jurisprudencia a mostrarse muy severa con el denunciante. Este no obra a menudo sino para el bien público: de modo que es excesivo exigirle entonces que se entregue personalmente a investigaciones profundas antes de designar la persona que crea culpable. El interés general quiere que la justicia pueda ser informada por los ciudadanos."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el primero de febrero del año en curso, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez.—Emilio Prieto H., Oficial mayor en propiedad.

Admisión de un impedimento

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

El apoderado de la señora Faulhaber ha pedido en oportunidad se reponga el auto de 27 de octubre último que, declarando allanado el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Liborio Escallón, ordenó que éste siguiera conociendo.

La solicitud se funda, en suma: en que el impedimento en cuestión atañe a la conciencia del Magistrado y a la convicción suya de haber conceptuado ya sobre los temas debatidos en este pleito; en que los servicios de abogado a que el actual Magistrado se refiere, prestados por él hasta 1934 al señor Tobón incluyeron la disputa que se controvierte aquí y que ya para entonces se sostenía sobre ciertos bienes, acerca principalmente si son o nó de la sociedad conyugal Tobón-Faulhaber.

El petente transcribe un concepto del doctor Escallón en memorial de 6 de marzo de aquel año, contentivo de la afirmación de no pertenecer esos bienes a la sociedad conyugal, sino a la Compañía Mosaicos Hidráulicos.

Afirma el abogado de la señora que Tobón, como principal o único accionista de esta compañía, dueño de todas sus acciones o su mayor parte, es ella misma, y que así lo corroboran las gestiones de él, que en manera alguna han sido de opositor; y que en realidad este pleito de Tobón contra sí mismo es una maniobra encaminada a evitar que los bienes en aparente disputa entre ellos dos se reputen de la dicha sociedad conyugal.

La Sala no puede ni debe formular aquí opinión sobre afirmaciones tan graves, ni fundar su decisión en ellas; pero no le es dado pasar por alto el conflicto de pretensiones entre esa compañía y esa sociedad conyugal, porque él lleva a reconocer que el allanamiento de la Compañía no basta para prorrogar la jurisdicción del Magistrado impedido.

Efectivamente un impedimento como el de que aquí se trata, tal vez más que cualquiera de los restantes del artículo 435 del Código Judicial, atañe a la intimidad de la conciencia del funcionario que lo manifiesta, sin que valga pensar en un exceso de escrúpulo, porque la medida no puede estar en manos extrañas y la señala el fuero de aquél. De ahí que la manifestación deba respetarse y escucharse y que habitualmente haya la Sala procedido en estos casos así. No en el presente, porque consideró que el servicio profesional aducido miraba hacia el peligro sugerido por la ley, cual es el de inclinación del ánimo en favor de la persona servida, por lo cual el allanamiento pronunciado por su contraparte determinó la decisión contenida en el auto hoy reclamado.

Pero lo observado en los párrafos precedentes hace ver que el caso, dentro del artículo 438 del Código Judicial, en vez de ser el de su inciso 2º como se reputó en esa providencia es el del 1º.

Es verdad que está planteada la cuestión de si la señora, que entró al pleito y ha intervenido en él como coadyuvante del demandado, puede considerarse recurrente en casación y sostener el recurso a pesar de haber desistido de él el demandado; pero, como este problema no está decidido ni ha llegado la oportunidad de estudiarlo y, además, no se ha proveído sobre el desistimiento, la Sala hoy por hoy tiene que proceder basándose en la realidad de la presencia de dicha señora en el proceso.

Por lo expuesto, se repone el auto de veintisiete de octubre último y, en su lugar, se declara separado del conocimiento de este asunto al Magistrado doctor Liborio Escallón y se ordena, de acuerdo con los artículos 66 y 59 del Código Judicial: que la sustanciación continúe a cargo del Magistrado que le sigue en turno, doctor Ricardo Hinestrosa Daza, y que se sortee el Conjuez que reemplace a aquél e integre la Sala en su oportunidad. Para este sorteo se señala la hora de las once de la mañana del día útil siguiente al de la notificación de la presente providencia.

Notifíquese.

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez—Emilio Prieto H., Oficial Mayor.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Reivindicación

La resolución administrativa que dicta el Organo Ejecutivo para declarar cumplida y exenta de la condición resolutoria una anterior adjudicación de baldíos, no requiere para pronunciarla que se abra un proceso administrativo con audiencia de partes, que en realidad no existen. Basta con que el adjudicatario demuestre que en los diez años subsiguientes a la adjudicación cumplió dicha condición y ocupó el baldío con cultivos o pastos para ganados, en la medida y condiciones exigidas por las disposiciones fiscales.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

El proceso.

El 12 de agosto de 1940 el doctor Telésforo Jiménez demandó por la vía ordinaria al señor Roberto Duarte para que se declarase lo siguiente: 1º Que le pertenece en dominio y posesión un lote de terreno que hace parte del globo denominado "La Helvecia", cuya alinderación determina en su libelo; 2º Que se condene al demandado a restituirlo con sus frutos naturales y civiles y no sólo los percibidos, sino los que el actor hubiera podido percibir teniendo la cosa en su poder; 3º Que se condene al demandado al pago de los perjuicios causados con la tala o destrucción de bosques, según avalúo pericial, y 4º Que se le condene al pago de las costas.

Funda su acción reivindicatoria en que el demandado está ocupando actualmente, como poseedor, el expresado lote; que el demandado es poseedor de mala fe por haberlo ocupado con la convicción de que pertenecía al actor; que dicho lote hace parte del que le fue adjudicado por la Nación a Licerio Jiménez con el nombre de "La Helvecia" y que luégo adquirió el actor por escritura número 125, de 24 de febrero de 1920, de la Notaría 2ª de Ibagué; que los bosques destruídos por el demandado tienen un gran valor industrial; que el demandado sabe que en ese lugar no hay tierras baldías y así lo reconoció en escritura número 331 de 1938, de la Notaría 2ª de Ibagué; y, que el demandado carece de títulos que justifiquen su posesión.

El demandado se opuso a las declaraciones suplicadas alegando que posee mejoras de su exclusiva propiedad y propuso las excepciones de carencia de acción, la de petición de modo indebido, la de ineficacia del título y la de prescripción.

A su vez el opositor Duarte propuso demanda de reconvención, en la cual suplica que se declare que adquirió por prescripción el dominio del terreno denominado "La Helvecia"; que se ordene al Notario 2º de Ibagué la cancelación de la escritura 125 de 1920 y a la Oficina de Registro la de la inscripción de dicho instrumento notarial y que se ordene la inscripción de la sentencia que se dicte a su favor. Apoya la contrademanda en los artículos 1º, 12 y concordantes de la Ley 200 de 1936, y la funda en que por escritura número 105 de 1933, de la Notaría 1ª, de Ibagué, compró a José Angel Berrío unas mejoras consistentes en 30 hectáreas de pastos artificiales, en 6 de cultivos de papas y en una casa de habitación de dos pisos, mejoras éstas ubicadas en terrenos que unas personas consideraban baldíos y otras de propiedad de Telésforo Jiménez. Agrega que Telésforo Jiménez no ha hecho acto alguno de dominio sobre esos terrenos; que ignora si la adquisición de baldíos hecha por Jiménez está o nó sujeta todavía a la condición resolutoria y que, basado en la presunción legal y de hecho de que esos terrenos son baldíos, los ha poseído de buena fe en los términos del artículo 1º de la Ley 200 de 1936, por más de cinco años continuos.

El Juzgado 1º del Circuito de Ibagué pronunció sentencia de primera instancia el 7 de marzo de 1942, en la cual absolvió a ambos litigantes de los cargos tanto de la demanda como de la contrademanda, alegando como razón jurídica fundamental la falta de pruebas.

La sentencia acusada.

De este fallo de primer grado apeló únicamente el apoderado del actor Jiménez y se conformó con él el demandado Duarte, a pesar de que negaba la declaración de prescripción adquisitiva del lote en litigio, impetrada en su demanda de reconvención. Falló la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Ibagué en sentencia fechada el 27 de mayo de 1943, por virtud de la cual revoca la de primer grado únicamente en la parte apelada y en su lugar resuelve lo siguiente, que pasa a extractarse:

1º Que pertenece en dominio y posesión a la "Sociedad Ordinaria de Minas de Tesorito" el lote de terreno materia del litigio, por la alinderación señalada en la demanda principal;

2º Condena al demandado Duarte a restituir a la misma sociedad el referido lote de terreno y todos sus frutos naturales y civiles, a partir de la contestación de la demanda, y,

3º Declara que no es el caso de hacer condena en perjuicios ni en costas.

Dice el Tribunal que la acción intentada es la reivindicatoria y el primer elemento —cosa singular—, aparece debidamente comprobado, desde luégo que, en la demanda se determina la cosa que se persigue y se singulariza por sus linderos. Estima igualmente comprobado el derecho de dominio del demandante con los elementos probatorios exhibidos en el juicio; y en lo que respecta al requisito de identificación de la cosa materia de la reivindicación, considera que también hay plena prueba emanada de la inspección ocular practicada en asocio de peritos, en la que consta que se identificaron tanto el lote general de "La Helvecia" como el determinado en la petición primera de la demanda y el que contiene las mejoras vendidas por Berrio al demandado Duarte; y está bien establecido, además, que los dos últimos son en realidad uno mismo y hacen parte integrante del primero.

Agrega el Tribunal que frente a los títulos exhibidos por el actor y que constituyen una cadena completa, desde el originario expedido por el Estado a favor de Licerio Jiménez, sólo trajo el demandado la copia de la escritura número 105 de 1933, según la cual José Angel Berrío vendió a Duarte el derecho de dominio sobre unas mejoras en terrenos de jurisdicción de Anzoátegui. Estima el Tribunal que este título no puede predominar sobre los del actor porque es posterior y porque versa, no precisamente sobre el terreno sino sobre las mejoras establecidas allí; y porque en el referido instrumento se hace presente, en dos pasajes distintos, que esas mejoras fueron establecidas "en terrenos de propiedad del doctor Telésforo Jiménez o en terrenos baldíos de la Nación". Por eso acoge las dos primeras peticiones de la demanda principal.

Niega la petición tercera de la demanda principal, relativa al pago de perjuicios por la tala de bosques, porque en la zona litigiosa y en las vecinas existen varios establecimientos mineros pertenecientes a distintos dueños, todos los cuales se han aprovechado de la extracción de maderas, pero sin que se sepa a punto fijo quién en realidad hizo esos desmontes.

Se abstiene el Tribunal de decidir nada sobre la demanda de reconvención, porque el demandado, como contrademandante, no apeló del fallo absolutorio de primer grado.

El recurso de casación.

Acusa la anterior sentencia en casación el apoderado de la parte demandada y le formula los cargos que pasan a extractarse:

Primero. La sentencia viola el artículo 4º de la Ley 200 de 1936, por no haberlo aplicado al pleito; los artículos 768 y 769 del Código Civil, de manera indirecta, y el artículo 471 del Código Judicial. Resume este cargo el recurrente de la siguiente forma: "Al considerar el Juzgador que la declaración de Berrío hecha en la escritura número 105, de que se dice que los terrenos son de propiedad del doctor Jiménez o de la Nación, es prueba de que la posesión del demandado está viciada de mala fe, incurrió en un error de derecho al apreciar esa prueba, error que lo llevó a quebrantar los artículos 768 y 769 del Código Civil y 4º de la Ley 200 de 1936.

Segundo. Acusa igualmente el fallo por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial), por cuanto el demandado, al contestar el libelo, propuso entre otras excepciones, de las cuales no trató la sentencia, las siguientes: "Cualquiera otra (excepción) que resulte del acatamiento a las siguientes disposiciones legales: Artículos... Ley 200 de 1936, artículos 1º, 6º, 2º y 4º". "Ineficacia del título, sujeto, según se colige, a condición resolutoria del título mismo...." (sic).

Tercero. Acusa el recurrente el fallo por violar la ley sustantiva al reconocerle efectos jurídicos a la Resolución ejecutiva número 8, de 2 de junio de 1941, contra quien no intervino en el proceso en el cual fue dictada; y al reconocerle efectos contra el demandado, el fallo infringe indirectamente los artículos 473 y 477 del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

A.—Falta de consonancia.

En su segundo cargo alega el recurrente demandado incongruencia entre lo pedido y lo fallado y la hace consistir en que el Tribunal se abstuvo de decidir sobre las excepciones propuestas, denominadas por él de ineficacia del título y cualquiera otra excepción que resulte del acatamiento a las disposiciones de la Ley 200 de 1936.

Carece de fundamento jurídico este reparo porque la sentencia, sin mencionar dichas ex-

cepciones, si llegó a pronunciarse en el fondo de su fallo sobre ellas. En cuanto a la primera, hizo presente que había acreditado el actor el primer elemento de la acción de dominio al exhibir, entre otros documentos, la copia registrada de la Resolución de adjudicación del baldío disputado, la copia de la otra Resolución número 8 de 1941, del Ministerio de la Economía Nacional, mediante la cual se declaró extinguida la condición resolutoria que por disposición de las leyes fiscales pesaba sobre el globo de "La Helvecia". Es claro que al decidir, como lo hizo, sobre la suficiencia del título originario de adjudicación y sobre los demás exhibidos para comprobar el dominio, fundado en las dos resoluciones ejecutivas antes citadas, decidía tácitamente sobre la improcedencia de la excepción de insuficiencia de esos mismos títulos, probatorios del dominio alegado por el demandante.

Igualmente se pronunció el fallador de segundo grado sobre las excepciones que pretende el demandado fundar en la Ley 200 de 1936, puesto que en uno de los párrafos de la sentencia acusada dice: "No obstante, el demandado, apoyándose en ese título y acogiéndose al artículo 12 de la Ley 200 de 1936, alega que ha adquirido por prescripción de cinco años continuos el dominio de la zona litigiosa; pero su pretensión no puede prosperar, porque el mismo título no le sirve para acreditar posesión material en los términos del artículo 1º de la Ley 200, ni ha traído ninguna otra prueba sobre el particular. Además, omitió probar que la parte demandante no había explotado en forma alguna la misma zona de terreno en la época de la ocupación, según lo preceptuado por el artículo 12 arriba citado".

Y conviene advertir que bien pudo el Tribunal abstenerse de adoptar una decisión sobre la excepción de prescripción, puesto que el Juez de primera instancia la rechazó de manera perentoria en su fallo y el demandado se abstuvo de apelar de tal providencia; con lo que queda dicho que este aspecto del debate judicial quedaba decidido definitivamente y el Tribunal carecía de jurisdicción para estudiarlo.

B.—Hace el recurrente un extenso estudio sobre la buena fe con la intención de concluír que, demostrada ésta por parte del demandado, debió darles aplicación el Tribunal a los artículos 1º y 4º de la Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras, y en consecuencia declarar demostrado el dominio de Duarte.

Los preceptos citados del Estatuto terrígeno no debían tener aplicación en el caso de autos, ni podían servirle al demandado para fundar en ellos un derecho de dominio, puesto que no se estaba en presencia de dos particulares que ocupan un mismo baldío de la Nación y se disputan el mejor derecho a su adjudicación, ni era la oportunidad de establecer a favor de particulares la presunción de propiedad privada, cuando ocupan con explotación económica un fundo, caso este último en el que pretende colocarse el demandado. Lo que la sentencia dice es, por una parte, que el actor demostró que había hecho cultivos y sembrado pastos y que el demandado Duarte no ignoraba que los terrenos en los cuales se había establecido con mejoras eran o podían ser del dominio del actor Jiménez, puesto que la escritura número 105 de 1933, por virtud de la cual adquirió Duarte, así lo expresaba, ya que el referido instrumento, en dos de sus pasajes, reconoce que esas mejoras fueron establecidas *"en terrenos de propiedad del doctor Telésforo Jiménez o en terrenos baldíos de la Nación"*. (Subraya la Corte).

Con fundamento en las anteriores consideraciones dice la sentencia acusada: "Más todavía: el demandado no puede alegar la creencia o convicción de que se trata de terrenos baldíos, desde luégo que en la misma escritura número 105 acepta la declaración del vendedor en el sentido de que las mejoras estaban establecidas en terrenos del doctor Jiménez o de la Nación. Es decir, que no estaba completamente seguro de la calidad de baldíos de tales terrenos".

—

C.—Tampoco puede servir de capítulo de acusación en casación el aspecto de la buena fe, porque el fallo del Tribunal se la reconoció al demandado tanto en la parte motiva como en la resolutiva de su providencia. En su motivación cuando dijo: "De consiguiente, procede hacer las declaraciones primera y segunda de la demanda, con la salvedad de que el pago de frutos naturales y civiles debe contarse desde la contestación de la demanda en adelante, *considerando al demandado como poseedor de buena fe....*" (Subraya la Corte). De acuerdo con la anterior conclusión, en el numeral segundo de su decisión condenó al demandado al pago de tales frutos, "a partir de la contestación de la demanda en adelante".

De manera que ese extremo de la buena fe no tiene virtualidad alguna en los resultados del proceso.

—

D.—Otro capítulo de acusación lo hace consistir el recurrente en haberle reconocido efectos jurídicos a la Resolución ejecutiva número 8 de 1941, del Ministerio de la Economía Nacional, cuando el demandado no intervino en el proceso en el cual se dictó; y por haberse proferido cuando ya este juicio de dominio estaba en curso. Considera que por no haberse pronunciado esa Resolución, sobre cumplimiento de la condición resolutoria antes de trabarse

este debate, el título anterior de la adjudicación del baldío había perdido su eficacia.

Se considera:

a) La resolución administrativa que dicta el Organo Ejecutivo para declarar cumplida y exenta de la condición resolutoria una anterior adjudicación de baldíos no requiere para pronunciarla que se abra un proceso administrativo con audiencia de partes, que en realidad no existen. Basta con que el adjudicatario demuestre que en los diez años subsiguientes a la adjudicación cumplió dicha condición y ocupó el baldío con cultivos o pastos de ganados, en la medida y condiciones exigidas por las disposiciones fiscales. De manera que no podía presentarse nunca la oportunidad de que el recurrente fuera parte opositora en un debate que no existe ni viene establecido por las leyes.

b) En nada pierde su eficacia legal la Resolución número 8 por el hecho de que se hubiera proferido abierto ya este proceso. La fundamental viene a ser el hecho plenamente demostrado ante el poder administrativo de que el actor Jiménez cumplió el requisito legal de la ocupación con cultivos y ganados, y esa declaración administrativa puede hacerse en cualquier momento, sin que por esto pierda su operancia. Para que el fallador, en este juicio, pudiera negarle su validez al título originario de adjudicación del baldío, lo pertinente era que el demandado comprobara que aquél no había cumplido con esa condición y que su título estaba viciado de ineficacia, por esa circunstancia. Pero el demandado no ha presentadó prueba en tal sentido y ante esa realidad procesal bien pudo el actor hasta abstenerse de comprobarla exhibiendo como lo hizo la Resolución número 8.

c) Bien sabido es que, para que un título adquisitivo de dominio sometido a una condición resolutoria pierda su validez, es necesario que dicha condición se compruebe y se declare para que se surtan esos efectos jurídicos. Si Duarte pretende que el terreno en disputa es baldío por haber regreado al dominio del Estado, lo procedente es demostrarlo pero no tachar de ineficacia una resolución administrativa que declara lo contrario, fundándose en motivos que no le restan su valor, sino que se lo consolidan.

Se deduce de lo expuesto que no son fundados los cargos alegados en casación y deben desestimarse.

Fallo.

En mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 27 de mayo de 1943.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez—Emilio Prieto, Oficial Mayor.

Acción petitoria de pago de perjuicios

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Por escritura número 329, ante el Notario 3º de Bogotá, el 11 de febrero de 1941, los consortes Jesús Muñoz y Dominga Avendaño, por sí y como herederos de su hija Leonor, confirieron poder a los doctores Domingo Romero y Marco Naranjo López para las gestiones conducentes a obtener del Ferrocarril de Cundinamarca el pago de la indemnización que adeuda a aquéllos o a la sucesión de Leonor Muñoz por el daño causado con la muerte de ésta acaecida el 7 de diciembre de 1940, y en pago de los gastos y labor de esas gestiones les cedieron la mitad del valor de esa indemnización.

Con copia de esa escritura registrada y del acta de matrimonio de Muñoz y señora (junio 9 de 1894) y de bautismo de Leonor, nacida el 19 de septiembre de 1912, y con poder, además, del doctor Naranjo López, el doctor Romero, obrando en ejercicio de esos mandatos y consiguiente representación y en nombre propio, formuló demanda contra dicha empresa para que se la declare civilmente responsable de los mencionados perjuicios y obligada, en consecuencia, a pagar a Muñoz y señora la mitad y a los prenombrados abogados la otra mitad de la suma que se fije como valor de la indemnización, y en subsidio para que esta obligación se declare en favor de la sucesión de Leonor Muñoz. La cifra será la que se señale dentro del juicio o en la ejecución de la sentencia.

Los hechos fundamentales se resumen en su orden así: 1º El 7 de diciembre de 1940 en la mañana, Leonor Muñoz, después de proveerse del tiquete respectivo para viajar a La Frontera, tomó el tren en la estación de Albán; 2º Ese tren no paró en La Frontera y se limitó a disminuír su velocidad; 3º Leonor, que iba para La Frontera, en vista de que aquí no paraba el tren, procedió a bajarse, con tan mala suerte que se fue a tierra y recibió en la cabeza un golpe mortal; 4º A consecuencia de ese golpe Leonor murió ese mismo día; 5º Era hija legítima de Jesús Muñoz y Dominga Avendaño, quienes le sobreviven, y murió soltera y sin descendencia; 6º Murió en plena salud, en buenas condiciones físicas, joven, de buenas condiciones intelectuales, morales, sociales y profesionales; 7º Vivía en completa armonía con sus padres, por quienes velaba moral y materialmente, todo lo cual indica el grave perjuicio sufrido por ellos con su muerte; 8º Dicho Ferrocarril estaba explotado el día del accidente por la Compañía demandada, sociedad anónima domiciliada en Bogotá. El hecho 9º dice textualmente: "Los perjuicios de que trata esta demanda se produjeron por culpa de la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca o de sus representantes, dependientes o autorizados, o simplemente por el riesgo creado por dicha Compañía con la explotación del Ferrocarril de Cundinamarca".

El hecho 10 cita la escritura de 1941 ya referida, y el 11 cita el poder del doctor Naranjo López.

Manifiesta el demandante fundarse "principalmente en las disposiciones pertinentes de los Títulos I, XII, XXVI y XXXIV del Libro 4º del Código Civil, Título V del Libro 2º del de Comercio, Ley 76 de 1920 y demás disposiciones sustantivas pertinentes".

El representante de la parte demandada contestó oponiéndose, tanto por no asistir a los actores el derecho invocado, cuanto por lo atañedero a los hechos, de los cuales no aceptó sino los dos últimos. Todos los demás los repuso diciendo no constarle. Agregó sobre el segundo que La Frontera no es estación, por lo cual los trenes no están obligados ordinariamente a parar ahí, y sobre el hecho tercero agregó que si la señorita Muñoz se bajó del tren en marcha, la culpa fue suya, y advierte que en La Frontera todos los trenes tienen que disminuír su velocidad porque allí hay switches.

Completada desde los comienzos la aludida documentación sobre personería del abogado demandante y aducida en forma satisfactoria al cerrarse la instancia relativa a la personería de la parte demandada, el Juzgado 6º Civil de este Circuito, tras de la actuación de rigor, dictó el 30 de noviembre de 1942 sentencia absolutoria, sin costas. Apelada por la parte demandante, el Tribunal, previa la tramitación del caso, la confirmó en fallo de 8 de febrero de 1944, contra el cual la misma parte interpuso casación, recurso que ahora se decide por estar preparado debidamente.

Están acreditados en el expediente estos hechos, sobre los cuales las partes no discuten: que

Leonor Muñoz tomó el tren de bajada en Albán el mencionado 7 de diciembre y que en su propósito de quedarse en La Frontera, no obstante que allí no paró el tren, se bajó y al caer se golpeó en forma tal que por esta causa murió ese día.

Juzgado y Tribunal consideraron la demanda en primer lugar ante el contrato de transporte afirmado por los demandantes como base de su acción, y llegaron a la conclusión de no haber contrato en fuerza de estas circunstancias: Leonor Muñoz no llevaba tiquete, y no es simplemente que la materialidad de éste no se haya agregado al proceso, sino que la inspección ocular practicada en los libros del Ferrocarril acredita que ese día no se vendió en Albán ningún tiquete para La Frontera o para la estación siguiente, que es la de La Victoria; además, testigos presenciales, compañeros de ella en el mismo carro en que viajaba, declaran que trataron de atajarla o de disuadirla cuando vieron que iba a bajarse del tren sin haber éste parado, y obran declaraciones de testigos sobre que otras veces se había bajado ella del tren en marcha, no sin caerse en ocasiones o sin que se dañaran las cosas que llevaba.

De otro lado, consta también que La Frontera es mero paradero y no estación, situado entre las estaciones de Albán y La Victoria; de suerte que cuando hay pasajeros para aquél, a fin de asegurar la detención del tren allí, ha de darse aviso previo para que el maquinista pare, porque en los paraderos no es de rigor detener los trenes.

Lo antedicho resume los fundamentos de ambos sentenciadores de instancia para su conclusión absolutoria: no hubo contrato de transporte; no hubo por lo mismo las obligaciones que en su caso pesan sobre el transportador como parte contratante; no hubo, asimismo, el incumplimiento de una de las partes que como infractora la coloca en situación de culpa y en el deber de indemnizar a la otra parte los perjuicios que esa infracción le haya causado.

No sin advertir que no pueden a la vez ejercitarse la acción correspondiente a la culpa contractual y la correspondiente a la culpa extracontractual por un mismo acto u omisión, puesto que la una implica que hay contrato y la otra que no lo hay, los sentenciadores de este pleito, después de estudiar lo antedicho, consideran la culpa aquiliana y no la hallan tampoco.

El recurso.

El abogado recurrente aduce el motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial y acusa por quebranto de los artículos 258, 266 y 320 del Código de Comercio y 2070, 1524, 1516, 1495, 1500 y 1506 del Código Civil, razonando así: el contrato de transporte no es solemne; de manera que yerra el Tribunal al negarlo porque Leonor viajaba sin tiquete y porque está demostrado que no se vendieron tiquetes para La Frontera el día del accidente; acreditado como está que Leonor viajaba en el tren ese día, está comprobado el contrato, porque este hecho por sí solo, según el recurrente, lo comprueba, puesto que no podía realizarse —dice— sino en virtud del contrato.

Agrega que el Tribunal supone que Leonor viajaba clandestinamente, y a pesar de que esto envuelve dolo, no echó menos la prueba, no obstante que el dolo no se presume. La señorita Muñoz viajaba en el tren, y este hecho significa su aceptación de ese contrato de transporte con empresario público, por adhesión. Otro tanto en lo que hace a la empresa, cuya oferta permanente y preexistente la vincula, sin derecho de escoger sus co-contratantes. "La aceptación, añade, reviste los mismos caracteres de impersonalidad y obligación que la oferta. La pasajera no podía escoger maquinista, ni conductor, ni estado de los coches, ni marca de los mismos, ni confort. Tampoco era libre para retractar su aceptación. Una vez embarcada y el convoy en marcha, el contrato de transporte quedó concluído, siendo entendido que a este respecto la aceptación versa sobre el principio mismo del transporte y no sobre su longitud, porque el pasajero puede descender en la estación que quiera, cambiando así de parecer en lo referente a su destinación, de la misma manera que podría hacerse conducir más lejos de lo que pensó al principio, si lo estimara conveniente".

Así condensa el recurrente su ataque a lo que él estima desconocimiento por el Tribunal del contrato de transporte, al punto de que a continuación del párrafo que se acaba de transcribir dice: "Basta el anterior razonamiento para que sea casada la sentencia".

Como se ve, no se acusa por errónea apreciación de las pruebas atrás aludidas por obra de las cuales el Tribunal llegó a la conclusión de no haber mediado contrato de transporte, o si se las ataca es en la forma implícita que acaba de verse, es decir, en cuanto sobre ellas no prevaleció el hecho escueto de haberse subido al tren en Albán y de haberse bajado en La Frontera la señorita Muñoz, hecho que para el recurrente es decisivo por sí solo para formar el reconocimiento de que hubo contrato y para reputar él suficientemente basado su cargo de violación de los citados artículos del Código de Comercio (258, 266 y 320). El primero de ellos define ese contrato diciendo que en virtud de él "úno se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro.... pasajeros....". El segundo dice que aquél se prueba con la carta de porte y por cualquiera de los medios probatorios san-

cionados en ese Código y el Judicial. Y el tercero que "los billetes de asiento o aposentamiento justifican el contrato, cuando se refieren a la conducción de personas".

No conceptuó el Tribunal que estas disposiciones fueran aplicables ni que por obra de ellas pudieran prosperar las súplicas de la demanda, observando, a más de lo relatado sobre la manera especial como se desarrollaron los acontecimientos, de que ya se informó aquí, desde la entrada de Leonor sin tiquete hasta su bajada del tren en marcha al pasar por un paradero, que ese artículo 258 comienza poniendo de presente el pago de cierto precio al establecer lo que condiciona y constituye el contrato de transporte. Cuanto a su comprobación, como ya se vio, no requirió el tiquete mismo a manera de solemnidad, sino que se basó también en lo antedicho sobre prueba de no haberse vendido tiquetes ese día para el tren de bajada en la estación de Albán, que es donde los demandantes afirman que Leonor lo compró y tomó el tren, y en las demás circunstancias mencionadas, como no ser La Frontera estación sino paradero, la de que allí por las peculiaridades del sitio los trenes moderan su velocidad, la de no haberse dado aviso por la Muñoz, de quien mal podría exigirse habiéndose guardado de comprar tiquete, sobre que iba a quedarse en La Frontera, y ante todo y decisivamente, la de haberse ella lanzado del tren en marcha.

Así las cosas, no es aceptable el cargo de violación de esas disposiciones. Si no es lo habitual y de rigor que los trenes se detengan en los paraderos cual si fuesen estaciones, si para detenerse en paradero se necesita que haya pasajeros o carga qué recibir o dejar y que esto se sepa por la oportuna advertencia procedente, si para hacerla el empleado respectivo tiene que saber que hay los aludidos pasajeros o carga, si ese conocimiento tratándose de pasajeros lo procura la venta de los tiquetes, si en Albán el día del accidente no se vendió tiquete alguno y por lo mismo la Empresa no podía saber que en ese viaje hubiera pasajero para ese lugar, no es legal ni lógico culparla porque ese día allí el tren no detuviera su marcha y se limitara al pasar de largo, a moderarla como siempre corresponde á las peculiaridades de la línea y del suelo en ese sitio.

Si la Muñoz, en su empeño o necesidad de bajarse y en su costumbre de hacerlo aun andando el tren, se lanzó de éste en esa situación, ella con su conducta imprudente fue quien causó los daños producidos por el accidente lamentable de que arranca este pleito.

Cuanto a los artículos del Código Civil señalados por el recurrente en su cargo de quebranto de disposiciones legales sustantivas, se tiene:

El 2070 trae una definición del contrato de arrendamiento de transporte. En él "una parte se compromete, mediante cierto flete o precio, a transportar o hacer transportar una persona o cosa de un paraje a otro". Es extensivo a este artículo lo dicho ya aquí sobre el 258 del Código de Comercio.

1524. Requiere causa para que haya obligación. Aquélla en el presente caso, según el recurrente, es el contrato de transporte y lo que éste implica para el empresario. Queda visto cómo se justifica el concepto de no haber mediado tal contrato.

Pudiera decirse que, como sucede en muchos casos, el pasajero por cualquier circunstancia voluntaria o involuntaria toma el tren sin tiquete y que el conductor al exigírselo, o hace parar el tren para que aquél se baje, o le recibe el precio correspondiente. Pero en el caso de autos nada de esto sucedió, y no cabe argüir que por no haber sucedido nada de lo que acaba de decirse, está demostrada la tolerancia o aceptación de la Empresa respecto de la Muñoz, porque el cobro o exigencia de mostrar los tiquetes, que es lo que da ocasión a aquello, se hace a lo largo del trayecto entre estación y estación y de La Frontera en adelante faltaba parte de ese trayecto, en el curso de la cual el conductor acabaría de cumplir esa tarea.

1516. Dispone que el dolo debe probarse, salvo los casos excepcionales en que la ley lo presume. El recurrente habla de quebranto de esta disposición, porque el Tribunal al afirmar que la Muñoz viajaba, por decirlo así de contrabando, no habiendo comprado tiquete, proceder que es doloso, conceptuó sobre ese pie sin echar menos la prueba del dolo. Se observa: el Tribunal estudió la falta de tiquete junto con las demás circunstancias concomitantes ya referidas, tan sólo en la indagación de si había habido o nó contrato de transporte, y como eso era lo único procedente al respecto, no entró a calificar el proceder. No se ve, por tanto, cómo violara por eso esta disposición. No sobra advertir que la abstención del cargo de dolo para la Muñoz por parte del sentenciador es algo que, por favorecerla y con ella a los actuales interesados, no es de entenderse materia de reclamo de éstos, ante el artículo 494 del Código Judicial.

1495. Define lo que es contrato. No se ve en qué se le haya quebrantado por el Tribunal que, ante el conjunto de hechos acreditados en el expediente, encontró que no se había celebrado o no medió el contrato de transporte que los demandantes afirman.

1500. Distingue en los contratos entre consensual, real y solemne. No se advierte en qué pueda consistir su violación. El Tribunal, como ya se dijo, no exige la presentación material del tique-

te, sino que se basa en el grupo de hechos mencionado. Además, ya se vio cómo y por qué no puede entenderse aquí que por el solo hecho de haberse subido Leonor al tren y haber sido conducida porque en él se introdujera, no basta, dados esos hechos y las disposiciones legales ya estudiadas, para entender o sostener que hubo contrato.

1506. Autoriza la estipulación por otro y con motivo de lo que reza su inciso 1º, dice en el 2º, que es donde el recurrente lo reputa violado, que "constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

Esta aceptación la halla el recurrente en Leonor por el hecho de haber tomado el tren e ir viajando en él, y por parte de la empresa, en el hecho de haberla conducido. Innecesario repetir lo dicho ya varias veces aquí al respecto, para no aceptar el cargo.

No son aceptables tampoco los de violación de las demás disposiciones estudiadas en los párrafos precedentes.

Formula también el de quebranto, por aplicación indebida, de los artículos 2341, 2347 y 2357 del Código Civil, así: la demanda excluye la posibilidad de plantear el problema del pleito en el terreno del ejercicio de la acción por culpa extracontractual, y el sentenciador, incurriendo en error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda, extendió su estudio y decisión a ese problema, es decir, a pretensión no aducida por las partes.

Sin citarlo expresamente, aduce así el motivo 2º de los del artículo 520 del Código Judicial.

Este cargo es también inadmisible, por varias razones:

Siendo la ausencia de culpa de la compañía demandada el fundamento cardinal de su absolución, hasta inoficioso podría considerarse el empeño de determinar en qué casilla, si en la de la culpa contractual o en la de la aquiliana, habría debido colocársela en el evento de habérsela hallado.

No es de considerarse que el libelo, dada su redacción, situase la controversia dentro de las lindes precisas del contrato de transporte al extremo de excluir la culpa extracontractual; por el contrario, algo tan distinto de eso como es el planteamiento de esta otra faz del problema es lo que se encuentra en aquél, en vista principalmente de lo que de él se transcribió aquí, a saber: el hecho 9º, tan sugestivo en ese sentido, y la cita de las disposiciones legales para fundar el derecho, cita que comprende, como se vio, el Título XXXIV del Libro 4º del Código Civil y la Ley 76 de 1920, que respectivamente versan sobre culpa extracontractual y sobre policía de ferrocarriles con disposiciones que abarcan a ambas culpas.

Hasta puede decirse que es inexplicable que la parte demandante venga ahora a reclamar porque los sentenciadores de instancia le aceptaran como tema de estudio éste que ella indudablemente planteó desde el libelo inicial.

Más todavía: sabido es que la falta de contrato por no haber tiquete o por otro motivo, no basta para exonerar a una empresa de transportes de la indemnización del perjuicio por muerte, herida u otro daño de un pasajero causado por culpa de empleados o dependientes de ella, culpa que en tal evento, es decir, no habiendo contrato, es obvio que es extracontractual. Y estas consideraciones concurren a justificar la tarea de los sentenciadores de instancia que no se limitaron a estudiar desde el punto de vista del contrato de transporte, sino que se extendieron a la culpa aquiliana, tema que, repítese, dada la redacción de la demanda, no puede considerarse excluido, sino planteado.

En su capítulo II y anunciando que los razonamientos que en él va a exponer serán de atenderse como consideración de instancia, pues "los únicos extremos pertinentes para casar la sentencia son los alegados en el capítulo anterior", el recurrente cita los artículos 2070 del Código Civil y 258 del Código de Comercio con la advertencia de que, según ellos, el porteador está obligado a llevar a la persona sana y salva al paraje convenido, el 306 del Código de Comercio, llamando la atención hacia la culpa de que aquél responde, el 2072 del Código Civil, indicando que hace responsable al acarreador por sus agentes y sirvientes, todo para concluir en el cargo de aplicación indebida de dicho artículo 2347 al considerar el Tribunal la responsabilidad indirecta de la sociedad demandada, y para declarar que lo pertinente es el artículo 1604 del Código Civil, infringido por no haberse aplicado.

Innecesario repetir lo ya dicho insistentemente sobre que no hubo contrato de transporte, elemento cuya presencia sería indispensable para que estos cargos fueran procedentes.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción de repetición por pago de lo no debido

La acción de repetición por pago indebido no es otra que la denominada genéricamente in rem verso, **destinada a destruír el fenómeno del enriquecimiento sin causa jurídica, pero limitada y conformada, como lo ha dicho la Corte, a la naturaleza legal específica del cuasi-contrato reglamentado en el Código.**

El error que entra en la composición jurídica del pago indebido es la falsa creencia de ser deudor por referirse a una obligación inexistente; si se paga a sabiendas de que no se debe, los efectos son distintos de los del pago de lo no debido.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca)

Los antecedentes de este pleito, según los hechos fundamentales de la demanda, son los que en seguida se sintetizan:

El 25 de enero de 1940 y en la Notaría 2ª de Cali, por medio de la escritura pública número 1547, Juana Bautista v. de Cantillo vendió a Víctor, Rafael y Manuel María Olano A. un lote de terreno denominado *El Rodeo*, ubicado en la parte oriental de la ciudad de Cali, con cabida de 35 fanegadas y 479 varas cuadradas, alinderado como allí se dice, por el precio de $ 18.000; y por medio de la escritura número 148, de las mismas fecha y Notaría, Víctor D. Olano A. vendió a Juana Bautista v. de Cantillo una casa ubicada en el barrio de El Peñón, jurisdicción de Cali, por el precio de $ 12.000.

Compradores y vendedores en ambos instrumentos están de acuerdo en que el verdadero contrato que celebraron fue el de permuta de los inmuebles pero que convinieron en realizarlo en la referida forma de dos ventas.

Días después de perfeccionado este contrato, Juana Bautista de Cantillo, considerando que el negocio le había resultado muy desventajoso, "escribí a los Olanos —dice— haciéndoles presente los perjuicios sufridos y reclamándoles una indemnización adecuada". Y mientras esperaba respuesta, presumiendo que los Olanos no convendrían en resolver amigablemente el negocio, consultó el caso con el abogado Joaquín Caldas Luna, con quien convino en que él "se encargaría de promover los juicios tendientes a recuperar el lote de terreno materia de la permuta o a obtener una compensación equitativa en el negocio", recibiendo en compensación de sus servicios profesionales un porcentaje sobre el beneficio que obtuviera de las gestiones del abogado.

Después de una conferencia habida entre el mandatario de la señora de Cantillo con los Olanos sobre las condiciones en que podría hacerse la resolución del negocio de permuta, se convino en deshacerlo, para lo cual se usó el mismo procedimiento que para hacerlo. Con el fin de devolver los Olanos a la señora de Cantillo el lote de El Rodeo, se otorgó ante el Notario 2º del Circuito de Cali el 6 de abril de 1940 la escritura número 536, por medio de la cual los tres Olanos venden "a Juana Bautista Figueroa v. de Cantillo y al doctor Joaquín Caldas Luna, en proporción del 60% a la primera y del 40% al segundo", el terreno a que se ha hecho referencia. Presentes los compradores —reza el instrumento— manifestaron que aceptan para sí en su propio beneficio y en la proporción ya dicha la venta que se les hace, por estar en un todo de acuerdo con las cláusulas del contrato.

Dada la disposición de ánimo de los Olanos, quienes desde el primer momento estuvieron listos a deshacer el negocio, no hubo necesidad ni oportunidad de iniciar la acción judicial resolutoria que Caldas Luna se comprometió a adelantar como mandatario de la señora de Cantillo, sin embargo de lo cual, haciéndole creer el abogado que habían sido sus gestiones las que habían determinado el arreglo, se hizo figurar éste en la escritura mencionada, como comprador del 40% del dominio de El Rodeo, porcentaje éste en que apreció sus honorarios.

En estas condiciones, considerando la señora de Cantillo que había hecho un pago indebido a su mandatario, ha iniciado contra él, representada por otro abogado que contrató con ella sus honorarios a cuota litis sobre el dominio de El Rodeo, la acción que consagra el artículo 2313 del Código Civil para repetir lo pagado a Caldas Luna.

Y al efecto, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, en libelo del 28 de mayo de 1940, corregido en el de 15 de julio del mismo año, Juana Bautista v. de Cantillo demandó a Joaquín Caldas Luna, Víctor Daniel, Rafael y Manuel

María Olano A., para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declarara:

Que la transferencia hecha por los tres Olanos a favor de Joaquín Caldas Luna del 40% del condominio de El Rodeo, en la escritura número 536 de 6 de abril de 1940, lo fue "a nombre y por cuenta de la señora Juana Bautista Figueroa v. de Cantillo y en pago de honorarios profesionales que el nombrado abogado Caldas Luna exigió indebidamente a la misma señora";

Que el demandado Caldas Luna no entregó a los nombrados Olanos precio alguno por el referido porcentaje de condominio;

Que la demandante no adeudaba al demandado Caldas, a la fecha de la escritura, por concepto de honorarios, el citado 40%, ni la suma equivalente al precio de este porcentaje;

Que la demandante ha pagado por error y sin causa alguna para haberlo hecho al demandado Caldas Luna el dicho porcentaje en la propiedad de El Rodeo;

Que, como consecuencia de este pago de lo no debido, el demandado Caldas Luna debe restituir a la demandante el aludido 40% del lote de El Rodeo, con sus frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos sino los que la actora hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado estando la cosa en su poder;

Que el precitado 40% del lote individualizado en la demanda pertenece a la demandante en pleno dominio, y, finalmente, pide que se condene en costas al demandado Caldas, si se opone en este juicio.

Surtidos los traslados legales de la demanda, los demandados Olanos, en escrito conjunto, manifestaron que habiendo quedado por su parte y según lo convenido, deshecho el negocio celebrado con Juana Bautista de Cantillo y "no siendo de nuestra incumbencia analizar las causas, razones o negociaciones que mediaran entre la demandante y su entonces abogado consultor, doctor Caldas Luna para adquirir el dominio del lote de El Rodeo que nosotros devolvíamos, en la proporción que reza la escritura número 536, de 6 de abril de 1940 de la Notaría 2ª de Cali, manifestamos al señor Juez que ni coadyuvamos ni nos oponemos a que el Juzgado haga las declaraciones contenidas en la parte petitoria".

El demandado Caldas Luna contestó negando la mayor parte de los hechos y oponiéndose a las pretensiones de la demanda por considerar impertinentes sus fundamentos legales y proponiendo las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva de la actora por carecer de la acción intentada.

Finalizada la actuación del primer grado, sentenció el Juzgado del Circuito el 3 de febrero de 1942, absolviendo al demandado Caldas Luna de todos los cargos de la demanda. Respecto de los demás demandados, que en realidad han estado fuera del debate judicial, nada se dijo. Sin costas.

Sentencia acusada.

Ambas partes apelaron de esta sentencia —el demandado absuelto por no haberse hecho condena en costas—, y por este motivo subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito de Cali donde se surtió la segunda instancia del juicio, decidida en sentencia definitiva de 19 de febrero de 1944, en que se confirmó la absolutoria recurrida. También sin costas.

Para motivar su decisión considera el Tribunal, en acuerdo con las voces y fundamentos legales de la demanda, que la acción intentada es la de repetición de un pago indebido, enderezada contra Caldas Luna para que restituya el 40% del lote El Rodeo que recibió por concepto de servicios de abogado que no prestó en la forma convenida con su mandante. Respecto del primer pedimento del libelo, dice la sentencia que "siendo así que el propósito que se consignaba en la dicha escritura del 6 de abril, era devolver a la demandante el lote de terreno de nombre de El Rodeo, hay que aceptar que la cesión del 40% hecha al doctor Caldas Luna, fue por concepto de pago de honorarios como lo afirma la demanda, y no por razón de una compraventa que no se verificaba". Aceptada la realización del pago, entra el Tribunal a estudiar si era o nó indebido, para lo cual analiza las pruebas traídas al expediente, consistentes en posiciones rendidas por la parte demandada y declaraciones testimoniales, todas relacionadas con las condiciones en que se celebró el contrato de mandato entre la demandante y el abogado Caldas Luna (si fue exclusivamente por gestiones judiciales o también por las extrajudiciales y la cuantía de sus honorarios), para concluir de este examen probatorio "que no aparecen comprobados los elementos constitutivos de la acción de repetición de pago por lo no debido, consistentes en la inexistencia de la deuda y pago hecho por error".

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso el apoderado de la parte actora el recurso de casación que después de tramitado legalmente se procede a decidir hoy.

Se invoca para fundarlo el primer motivo del artículo 520 del Código Judicial y se formulan contra la sentencia los cargos de violación legal que en seguida se compendian.

I.—Violó el Tribunal, por omisión, los artículos 2313, 2315, 2316, 2317 y 1769 del Código Civil y 606 del Código Judicial por efecto del error de derecho en que incurrió al apreciar la confesión rendida en las posiciones absueltas por Caldas Luna (folios 17 a 21 del cuaderno 2) de la cual "surge la plena prueba de los hechos cons-

titutivos de la acción, a saber: la verificación de un pago; la inexistencia de la obligación a que pudiera corresponder ese pago, y, consecuencialmente, su falta de causa, y lo erróneo e indebido de éste".

La verificación del pago viene reconocida en la sentencia acusada. En lo tocante a la inexistencia de la obligación, el recurrente cree hallar la prueba de confesión en el siguiente pasaje de las posiciones:

"¿Es verdad, sí o nó, que el absolvente se obligó para con doña Juana Bautista Figueroa v. de Cantillo a promover contra los señores Olanos A. que se dejan mencionados algunas acciones de carácter civil que el absolvente no inició jamás?". Responde: "No es verdad... afirmo que mis gestiones según el contrato que conmigo firmó la señora viuda de Cantillo no sólo se necesitaba entablar acciones civiles, sino también penales, entendiéndose que mi honorario se verificaría cualquiera que fuera la forma de adquisición del lote vendido, esto es, con sentencia judicial, por transacción o por simple voluntaria venta que hicieran los señores Olanos A., siempre que el precio de dicha venta fuera el mismo del de compra."

Glosa el recurrente esta respuesta diciendo que "es interesante ver cómo pretende eludir la confesión sobre cuál era la base pactada para liquidar los honorarios", y agrega: "No puede darse confesión más patente: afirma que lo convenido con la señora de Cantillo fue entablar no sólo acciones civiles sino también penales, y en este supuesto dice que su honorario se causaría en cualquier evento, hubiese o nó lugar a entablar las unas o las otras, es decir, produjésese o nó la causa que justificaba y determinaba el inmoderado honorario estipulado".

Respecto del error en el pago dice la demanda que se evidencia con la confesión contenida en la respuesta a la posición 9ª, en la que refiriendo el absolvente la forma en que se llevó a cabo la reciliación del negocio con los Olanos, en materia de pago del precio de las ventas que para ese fin se simularon, dice: "...pues yo le declaré (a la señora) que pagando en esa forma quedaba a paz y salvo conmigo por todo concepto, como es la verdad". Y aludiendo el recurrente a la consideración que el Tribunal hizo de que la demandante conocía de manera clara y precisa las obligaciones que había contraído con su abogado Caldas, dice que "ese conocimiento de ser cierto no podía constituir por sí solo razón legal suficiente para legitimar el pago de servicios no prestados".

II.—Violó el Tribunal, por no haberlos aplicado, los artículos 2313, 2316, 2317 del Código Civil; 697, 699 del Código Judicial y 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, por indebida aplicación estos últimos, como consecuencia del error de derecho en que incurrió al apreciar la prueba testimonial (Virgilio Yanguas, Edmundo Sarria, Jorge E. Barona, Pablo Fernández) allegada a los autos para demostrar cuál fue el objeto del mandato celebrado por la actora con el abogado Caldas y la cuantía del honorario que éste devengaría por su gestión, prueba ésta con la cual "se demuestrá plenamente un hecho fundamental del debate, cual es el de què Caldas Luna sólo devengaría honorarios en el supuesto de que iniciara las gestiones judiciales pertinentes y de que como consecuencia de ellas la señora viuda de Cantillo reportara una utilidad patrimonial".

La infracción de los citados preceptos de la Ley 153 de 1887 se deduce de que el Tribunal, además de los motivos de la prueba testimonial en sí misma, la rechazó como inconducente para acreditar un contrato por valor mayor de $ 500, sin parar mientes en que el mandato está probado con la confesión del demandado y que a este respecto hay acuerdo entre las partes.

III. Violación directa por falta de aplicación del segundo inciso del artículo 2316 del Código Civil, porque habiendo el demandado negado el pago, el Tribunal, de acuerdo con la ley, ha debido presumirlo indebido una vez que se demostró su verificación.

La Sala considera estos cargos en la forma global que aconseja y permite la naturaleza jurídica de las cuestiones que en ellos se proponen.

Se ha planteado en este pleito un caso de pago de lo no debido, cuasicontrato definido en el artículo 2313 del Código Civil, por el cual, pagando uno por error una cosa que no debe, se obliga quien la recibe a devolvérsela con fundamento en la noción del enriquecimiento sin causa que explica y justifica esta figura cuasicontractual, y se ha ejercitado la acción legal correspondiente, que se endereza contra la persona que ha obtenido el enriquecimiento indebido, injusto o ilegítimo para que se la condene a restituír el monto en que se haya enriquecido.

Bien sabido es que la existencia de este cuasicontrato requiere la reunión de dos requisitos esenciales: inexistencia de la obligación que se ha querido pagar, por ejemplo, porque jamás haya existido, o porque existiendo se ha pagado equivocadamente a quien no era verdadero acreedor; o se ha pagado una deuda ajena creyéndola erróneamente propia; o se ha pagado una deuda extinguida por pago ignorado; o se ha pagado una deuda condicional pendiente la condición. Se requiere, además, que el pago se haya hecho por error, esto es, que quien lo hizo se creía deudor y no lo era, como acontece en cualquiera de los diversos casos que se acaban de enunciar como ejemplos.

La acción de repetición por pago indebido no es otra que la denominada genéricamente *in rem verso*, destinada a destruir el fenómeno del enriquecimiento sin causa jurídica, pero limitada y conformada, como lo ha dicho esta Sala, a la naturaleza legal específica del cuasicontrato reglamentado en el Código. "En diversas ocasiones ha puntualizado la Corte su concepto sobre la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, fuente de obligaciones, en relación con los casos especiales de nuestro Código Civil en que aparece autorizada su aplicación, uno de ellos el pago de lo no debido, y ha determinado las condiciones y normas a que ha de someterse el ejercicio de las acciones correspondientes. No basta para dar aplicación judicial a esta teoría, que persigue siempre la restauración del equilibrio patrimonial con criterio de equidad, que exista de un lado un enriquecimiento, y del otro el empobrecimiento correlativo; es indispensable además que el desplazamiento patrimonial haya sido injusto o sin causa, y que la reparación no pueda obtenerse por otra vía, porque la acción de *in rem verso* tiene un carácter esencialmente subsidiario.

"Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato, o un cuasicontrato, o un delito o cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

"Para que sea legitimada en la causa la acción de *in rem verso*, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bién, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos... El artículo 2313 del Código Civil en nada modifica los supuestos y efectos anotados. Exige sí para el pago de lo no debido, la presencia además de estas dos condiciones: a) Que la prestación se haya hecho con la intención de cumplir con ella una obligación, y b) Que, la deuda no exista al tiempo de la prestación, sea porque ya estaba extinguida, sea porque nunca haya existido". (*Gaceta Judicial*, tomo 47, página 98).

Analizado el caso en actual consideración de la Corte a la luz de estas nociones fundamentales, muy claramente se ve que con los elementos de hecho y de derecho aducidos como fundamento de la controversia judicial no es posible estructurar jurídicamente una ocurrencia cuasi-contractual de pago de lo no debido, y que la acción intentada lo ha sido sin observancia de las condiciones esenciales que la técnica jurídica requiere para su ejercicio procedente. Esta falla de requisitos que afectan la cuestión sustantiva de la litis, dan base y razón al rechazo, como pasa a verse, de los cargos de ilegalidad que se formulan a la sentencia en este recurso de casación.

Aunque podrían hacerse argumentos definitivos para demostrar que el Tribunal se equivocó al concluír, como lo hizo, que la transferencia que del 40% del dominio de El Rodeo se hizo a favor de Joaquín Caldas Luna en la escritura número 536 de 6 de abril de 1940, fue hecha en pago de honorarios profesionales y no a título de venta como reza el instrumento, ya que tal conclusión impondría la demostración plena y previa de una simulación y un mandato sin representación conferido por la demandante a los Olanos, cuestiones no acreditadas en el proceso, este punto, por beneficiar al recurrente, no puede sufrir modificación. De él hay que partir en la consideración del recurso.

El primer cargo, como se vio al resumir los que contiene la demanda de casación, consiste en que el Tribunal se equivocó al no ver en el transcrito pasaje de las posiciones absueltas por el demandado Caldas Luna su confesión judicial sobre la inexistencia de la obligación que quiso extinguirse con el pago que le fue hecho, lo mismo que la del error que afectó ese pago. Releyendo las respuestas dadas por el demandado, especialmente las recaídas a las preguntas 5ª, 11ª, 12ª, 14ª y 16ª, referentes a la cuestión averiguada, no se encuentra en manera alguna la aceptación que el absolvente hiciera en su contra de los hechos afirmados por la demandante. El abogado Caldas Luna, en efecto, negó que la señora de Cantillo no le debiera honorarios profesionales, y afirmó que entre ella y él se celebró un contrato de mandato que tuvo por objeto que él hiciera las gestiones judiciales o extrajudiciales conducentes y necesarias para recuperar de los Olanos el lote de El Rodeo u obtener una indemnización, y que por estas agencias se estipuló una remuneración del 40% sobre lo que se lograra recuperar. Asevera que el inmueble se recuperó por efecto de sus gestiones, y que, por lo tanto, la señora de Cantillo sí le debía el valor de sus honorarios.

Si el demandado no confesó que no se le debieran los honorarios profesionales, el Tribunal no incurrió en ninguna equivocación al asentar que en el proceso no obra la prueba sobre inexistencia de la obligación que se quiso extinguir con el pago, y no violó, por consiguiente, los textos legales que cita el recurrente.

Actor y demandado aceptan la existencia de un contrato de mandato entre ellos acordado; su divergencia versa sobre lo que fue objeto del encargo, sobre el cumplimiento del mandato y la cuantía de la remuneración estipulada. "Cierto fue —dice el apoderado de la demandante— que entre ambos celebraron un contrato de prestación de servicios o de mandato, en el cual el nombrado abogado llevaría un 40% de lo que rescatara de los Olanos; pero ese porcentaje estaba subordinado al ejercicio, por parte del abogado, de las acciones judiciales respectivas, y está superabundantemente demostrado con la propia confesión del abogado Caldas Luna, que nunca inició ni promovió contra los Olanos acción judicial de ningún género..." El demandado afirma que conforme al contrato celebrado, él devengaría el honorario estipulado sobre lo que se recuperara como resultado de sus gestiones judiciales o extrajudiciales.

En torno de estas mismas cuestiones se produjo la prueba testimonial a que ya se hizo referencia.

Planteado de esta suerte el litigio, los cargos por errónea apreciación probatoria pierden toda importancia, porque aun suponiéndolos fundados no llevarían a solución distinta a la aceptada en las instancias. En efecto; para que pudiera prosperar la *conditio indebiti* para recuperar el monto del enriquecimiento indebido que se le imputa al demandado, indispensable sería demostrar que tal desplazamiento patrimonial se operó sin causa, esto es, sin que el enriquecido pueda alegar el respaldo o fundamento de la ley, de un contrato anterior o de una obligación natural que lo autorice para retener el provecho obtenido. Y en este caso está el mandato como suficiente causa jurídica de la prestación. De esta condición esencial de que el enriquecimiento sea sin causa, han deducido la doctrina y la jurisprudencia el principio sustancial de que la *actio in rem verso* es una acción subsidiaria, lo que quiere decir que no procede sino cuando el empobrecido carece de otra acción nacida de un contrato o de otra de las fuentes legales de las obligaciones (1494 del Código Civil). Por la misma razón que impediría emplazar en el terreno cuasi-contractual del pago de lo no debido una demanda que versara sobre la identidad de una cosa vendida o sobre su precio exorbitante, no se puede aceptar la procedencia de la *actio in rem verso* para controvertir pretensiones vinculadas, como es el caso, a la determinación del objeto de un mandato, su cumplimiento y pago del honorario estipulado. Para esto la ley ofrece las acciones que nacen del contrato de mandato, fuente y medida legal de las obligaciones correspondientes.

Tampoco es exacto ni fundado el cargo en lo que concierne al elemento de error en el pago, porque además de que no puede hablarse de confesión a este respecto, la manera como se presenta no corresponde a lo que sobre el particular exige la ley. El error que entra en la composición jurídica del pago indebido es la falsa creencia de ser deudor por referirse a una obligación inexistente; si se paga a sabiendas de que no se debe, los efectos son distintos de los del pago de lo no debido. Y la demandante aquí, como se ve de los siguientes hechos fundamentales de su demanda, pone de manifiesto que sabía que no debía lo pagado:

"17. En ningún tiempo y por ningún motivo me he comprometido a reconocerle al doctor Joaquín Caldas Luna el 40% del cuestionado lote El Rodeo."

"18. El único compromiso que yo contraje cuando contraté los servicios profesionales del doctor Joaquín Caldas Luna, fue el de reconocerle un porcentaje sobre lo que recaudara, pero sometido ese porcentaje a estas condiciones: que lo recaudado lo fuera precisamente como resultado de las acciones judiciales que dicho abogado se obligó a iniciar, y que no inició nunca, y que el porcentaje se liquidara sobre el mayor valor, la mayor utilidad o provecho que yo obtuviera en relación con el primitivo contrato de permuta; pero en ningún caso sobre la totalidad del lote de El Rodeo."

El error, de esta manera, se vincula al contrato mismo antecedente donde se originó la prestación controvertida, pero no al pago mismo, en el sentido necesario para la existencia del cuasi-contrato. Explica la actora, invocando hechos de su demanda que se desvirtúan recíprocamente por su significado jurídico, que el demandado Caldas Luna, para obtener el pago en la cuantía vista, la engañó abusando del mal estado de su salud y de su inexperiencia en los negocios; pero esta distinta fundamentación de sus pretensiones desplaza el problema del cuasi-contrato de pago de lo no debido y lo lleva al campo de la ilicitud o de la nulidad por vicio del consentimiento, donde tampoco es procedente la acción por enriquecimiento indebido, y presenta un aspecto que está fuera de la controversia judicial.

Por lo que hace al cargo por violación de los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, por haber desechado el Tribunal la prueba testimonial para demostrar el mandato por razón de su cuantía, siendo este punto materia de acuerdo en el litigio, aunque es evidente el error del sentenciador, no tiene para la Sala la entidad de una verdadera acusación en el recurso, porque dice relación a un punto que tuvo apenas la calidad de consideración accesoria e insigni-

ficante en la motivación del fallo, en forma que cualquiera que sea el modo como se le aprecie no tiene ninguna incidencia en el recurso.

Ninguna razón legal respalda tampoco el cargo final de la demanda, consistente en infracción directa del artículo 2316 del Código Civil, porque no es exacto, en primer lugar, que el demandado haya negado el pago, que acepta que se le hizo como correspondiente a una obligación de la actora como mandante, aunque difiere respecto del mecanismo o forma en que se llevó a efecto, y porque aunque lo hubiera negado, no habría lugar a la presunción a que alude el recurrente, que no es de derecho, y que haría imposible su aplicación habiéndose demostrado tan completamente que la prestación de que se trata no puede considerarse como indebida o sin causa por estar respaldada en un contrato antecedente que tiene sus acciones propias.

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 Cali el 19 de febrero de 1944, que ha sido materia de este recurso de casación.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

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



Acción de nulidad de un contrato

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Son antecedentes de este negocio:

Adolfo Castro, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario, el 27 de septiembre de 1927, ante el Juez Civil del Circuito de Charalá, a José María Poveda, y pidió que se decretara la rescisión del contrato de compraventa de una casa, celebrado por Primitiva Gómez de Castro con dicho demandado, por escritura número 274, del 24 de junio de 1925, de la Notaría de Charalá, y se hicieran otras declaraciones.

Después de varias vicisitudes e incidentes y de haber sido fallado en primera instancia, conoció del juicio, por apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, entidad que declaró nulo todo lo actuado, a partir de la notificación de la demanda a Primitiva Gómez de Castro, a quien se le denunció el pleito.

Vuelto el negocio al Juzgado de origen, Castro, por medio de otro apoderado, corrigió la demanda, la que dirigió entonces contra José María Poveda y Primitiva Gómez de Castro, y pidió que se declarara sin efecto alguno la autorización judicial conferida por el Juez del Circuito de Charalá a Primitiva Gómez de Castro, por providencia de fecha 21 de julio de 1924; que es nulo el contrato de compraventa antes mencionado y que la casa objeto de él pertenece a la sociedad conyugal Castro-Gómez; que Poveda, como actual poseedor, está obligado a restituírla a la indicada sociedad conyugal, junto con los frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos sino los que por su culpa haya dejado de recibir, y a pagar los deterioros de la finca, desde el día en que la recibió.

El Juez del conocimiento decidió el asunto en primera instancia por sentencia de fecha diez y ocho de julio de mil novecientos cuarenta, de la cual se transcribe la parte pertinente, que dice:

"Resuelve: Absolver al señor José María Poveda de los cargos que le hace el señor Adolfo Castro en la demanda inicial, de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos veintisiete, y de los que igualmente le hace en la demanda corregida, el quince de septiembre de mil novecientos treinta y seis, sobre rescisión de un contrato de compraventa de un inmueble, celebrado entre el demandado y la señora Primitiva Gómez de Castro, reivindicación del inmueble, pago y restitución de frutos, daños, perjuicios y costas del juicio.

"Se condena en las costas del juicio al demandante. Cancélese la inscripción de la demanda."

Como se ve, nada resolvió el Juzgado en relación con Primitiva Gómez de Castro, quien figuró también como demandada, según la corrección de la demanda.

La absolución de Poveda la fundó el Juez en que como no aparecía debidamente registrada la tercera copia de la escritura número 274, que figura en autos, escritura en que consta el contrato cuya nulidad se pide, no resulta demostrada la celebración legal de él, ni es posible tener como prueba la referida copia.

Contra esta sentencia interpusieron apelación el apoderado de Castro y Primitiva Gómez de Castro.

Concedido el recurso y subido el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, esta entidad, una vez agotada la tramitación correspondiente, pronunció la sentencia de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, por medio de la cual confirmó en todas sus partes la de primer grado, sin condenar en costas en la segunda instancia, "por no haberse causado", y sin tener en cuenta tampoco que Primitiva Gómez de Castro figura como demandada en el juicio.

Consideró el Tribunal que el juicio tiene por objeto dos cuestiones principales y que las demás peticiones de la demanda son consecuencias lógicas de aquéllas.

Tales cuestiones son: declarar sin valor ni efecto alguno la autorización judicial concedida a Primitiva Gómez de Castro, de que atrás se habló, y la nulidad del contrato de compraventa celebrado por ésta con Poveda.

En concepto del Tribunal, para declarar sin efecto la expresada autorización judicial sería necesario demostrar que desaparecieron los hechos que la motivaron, y dice que como no se ha traído esa comprobación, no hay razón alguna para hacer la declaración pedida.

Acerca de la nulidad del contrato expone la sentencia:

"El Tribunal se abstiene de entrar al estudio de este problema jurídico, pues no encuentra en los autos la prueba legal y eficiente de que se haya realizado la venta a que se refiere la mentada escritura número 274.

"En efecto, para establecer esa venta el actor ha traído copia de la escritura número 274, pero esa escritura no está registrada, por lo cual no puede servir de prueba de la aludida venta."

En seguida transcribe los artículos 756 y 759 del Código Civil y luégo dice:

"De modo que como no se trajo en el curso de este largo y accidentado juicio la escritura pública, debidamente registrada, en que conste la venta cuya nulidad se pretende, el Tribunal tiene que proceder como si esa venta no se hubiera realizado, y absolver a los demandados de este cargo, por sustracción de materia (artículo 2673 del Código Civil)."

El recurso.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el actor, el que hoy se decide, pues se halla legalmente preparado.

El apoderado del recurrente, con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, acusa el fallo del Tribunal por violación de los artículos 182 a 188 del Código Civil, en relación con los contenidos en el capítulo 4º, del Título 22 del Libro 4º de la misma obra, "en cuanto —dice— se le dio a la autorización concedida por el Juez del Circuito de Charalá un alcance jurídico que no puede tener, según lo dejé demostrado en esta acusación, y la sentencia, al darle validez legal a esta autorización y alcance que no tiene y hacerla producir el efecto de que carece, violó la ley sustantiva, en las disposiciones que dejé enumeradas, por aplicación indebida e interpretación errada".

En un segundo cargo, bastante confuso y ajeno a la técnica de este recurso extraordinario, pues confunde el primero de los motivos que señala el artículo 520 del Código Judicial, con el segundo, el recurrente acusa también la sentencia, en lo relativo al contrato de venta sobre que versa el pleito, por no haber apreciado el Tribunal la copia auténtica y debidamente registrada de la escritura número 274, que durante el término de prueba de la segunda instancia y con las formalidades legales, se trajo al expediente. "Es lo cierto —dice el recurrente— que el Tribunal pasó por sobre esta prueba, sin darse cuenta de la existencia de *esta prueba* en el proceso, ya que no solamente no la tuvo en cuenta, sino que ni siquiera se refirió a ella directa ni indirectamente, cometiendo así un verdadero error en la no apreciación de esta prueba fundamental que cambia radicalmente la situación de las partes litigantes."

Se deduce de este cargo, no obstante la manera defectuosa como está redactado, que se ataca la sentencia, con apoyo en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del Código Judicial, por haber incurrido en error de hecho y de derecho al no tener en cuenta y al no darle el valor legal que le corresponde, la copia registrada de la escritura número 274, que se trajo al juicio durante el término de prueba de la segunda instancia.

Estudio de los cargos.

En lo relativo al primer reparo se tiene lo siguiente:

La autorización judicial concedida a Primitiva Gómez de Castro, a que se refiere el pleito y sobre que versa la petición de la demanda tendiente a que se declare sin valor alguno, fue solicitada y concedida con arreglo y para los efectos de que tratan los artículos 181 a 188 del Código Civil, como consta en la providencia correspondiente, cuya parte resolutiva dice:

"Concédese autorización judicial necesaria a la señora Primitiva Gómez de Castro para comparecer en juicio demandando o defendiéndose, en defecto de la autorización de su marido Adolfo Castro; para celebrar contratos y para adquirir bienes a título oneroso o lucrativo. Es de advertir que para enajenar o hipotecar bienes propios de la señora Gómez y de los que el marido esté obligado a restituir en especie, se necesita autorización por separado, previa comprobación de alguna causal de necesidad o utilidad manifiesta para la misma señora." (Cuaderno de pruebas del demandante, folio 10 v.).

Esta autorización tuvo por objeto capacitar a la mujer, debido a la ausencia y al abandono en que la dejó el marido, para ejecutar por sí sola aquellos actos y contratos para los cuales necesitaba legalmente la autorización de su marido, pero salta a la vista que no fue nombrada curadora del marido ausente, ni de los bienes de éste, y que, por lo mismo, no se le concedió ni tuvo ella la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, de que tratan los artículos 1814 y siguientes del Código Civil. De consiguiente, la licencia no estuvo mal concedida, ni puede declararse nula o sin valor; pero es clarísimo que ella sólo servía para lo que fue concedida y nada más que para eso.

Ahora bien: como la casa que Primitiva Gómez de Castro vendió a Poveda la había adquirido ella, a título oneroso, estando ya casada con Adolfo Castro y mediante la autorización de este,

no hay la más ligera duda de que entró a la sociedad conyugal, de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 1781 del Código Civil, y es de toda evidencia que Primitiva Gómez de Castro no podía apoyarse en la referida autorización judicial para enajenarla, pues ya se ha dicho que ella no fue nombrada curadora del marido, ni de sus bienes, ni tenía la administración extraordinaria de la sociedad conyugal. No puede, pues, declararse sin valor la autorización judicial varias veces citada, no por las razones que trae la sentencia acusada, que enfocó mal el problema, sino por las que aquí han quedado expresadas.

En concepto de la Sala prospera el segundo de los cargos formulados por el recurrente, por las razones que a continuación se indican:

Evidentemente el Tribunal incurrió en error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, y en error de derecho, al no apreciar o tener en cuenta y al no darle el valor legal que le corresponde, a la quinta copia de la escritura número 274, del 24 de junio de 1925, de la Notaría de Charalá, visible a los folios 4 vuelto, 5, 6 y 6 vuelto del cuaderno de pruebas pedidas por el demandante en la segunda instancia. En dicha copia consta que la primera de esa escritura fue registrada en su misma fecha, a la partida número 10, folio 10 vuelto a 12 del libro número 1º, tomo 2º de 1925. Inexplicablemente el Tribunal pasó por alto esa copia debidamente registrada, que es prueba plena de la celebración del contrato en ella consignado, y únicamente apreció la tercera copia de la misma escritura, que se acompañó a la demanda, la cual se halla en verdad sin la correspondiente nota de registro. Resulta, pues, plenamente demostrada la celebración del aludido contrato, que el Tribunal dejó de estudiar, y es necesario entrar a analizarlo y a fallar el asunto en el fondo, previa casación de la sentencia recurrida.

Es incuestionable, como atrás se vio, que la autorización judicial concedida a Primitiva Gómez de Castro no la facultaba para vender la casa objeto del pleito, que claramente entró al haber de la sociedad conyugal Castro-Gómez; pero no por ello puede sostenerse que la venta hecha por ella a Poveda es nula, porque no se halla en ninguno de los casos contemplados en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

Lo que hubo fue venta de cosa ajena, pues se repite que la casa había entrado al patrimonio de la indicada sociedad conyugal, y como Primitiva Gómez de Castro no tenía la administración extraordinaria de ella, conforme a los artículos 1814 y siguientes del Código Civil, administración que correspondía al marido Adolfo Castro, según el artículo 1805 de allí, es muy claro que aquélla vendió lo que no le correspondía y para cuya enajenación no estaba legalmente autorizada.

En la demanda que dio origen a este pleito se pidió que se declare la nulidad del mencionado contrato. Como acaba de verse, no es nulo, sino que se trata de venta de cosa ajena, que es válida, al tenor del artículo 1871 del Código Civil, sin perjuicio de los derechos del dueño, lo que quiere decir que este contrato no es oponible al verdadero dueño de la casa vendida, que lo es la sociedad conyugal Castro-Gómez. Hubo, pues, una confusión de parte del demandante, al pedir la nulidad, pero como al mismo tiempo solicitó que se declare que la casa pertenece a la sociedad conyugal y que se condene al demandado Poveda a restituirla, junto con los frutos naturales y civiles, y estas solicitudes son procedentes, debe accederse a ellas.

En lo tocante a frutos, debe considerarse al demandado como poseedor de buena fe y condenarlo a restituir los percibidos desde la contestación de la demanda, cuya cuantía habrá de determinarse por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial, por no haber en el expediente elementos suficientes para fijarla en este fallo.

De otro lado, debe dejarse a salvo, en favor de Poveda, la acción correspondiente para que Primitiva Gómez de Castro sanee la venta de que se trata.

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 San Gil, con fecha veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, y previa revocación de la de primer grado, proferida por el Juez Civil del Circuito de Charalá el diez y ocho de julio de mil novecientos cuarenta, falla este pleito así:

Primero. Pertenece a la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Adolfo Castro con Primitiva Gómez, la casa de tapias, madera y teja, con su correspondiente solar, situada en el área de la población de Charalá, que linda: "Por el Norte, calle al medio, con propiedad que fue de Pedro Díaz, hoy de Belisario Becerra, y con de Melquiades Carrizosa, herederos de Ezequiel Martínez y con de Josefa Reyes; por el Sur, con propiedad hoy de Amelia Santos, con de Santos Perea antes y Gregorio Uribe antes, promediando linderos conocidos; por el Oriente, con solar de herederos de Luis Araque y de Cenón Santos; y por el Occidente, calle al medio, con casa del señor Segundo Castro".

Segundo. Condénase a José María Poveda, actual poseedor de la casa determinada en el punto anterior, a restituirla a la sociedad conyugal Castro-Gómez, representada por ambos cónyuges, dentro del término de seis días a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Tercero. Condénase también a José María Poveda, considerado como poseedor de buena fe, a pagar a la referida sociedad conyugal, representada como se ha dicho, los frutos naturales y civiles de la expresada casa, desde la fecha de la contestación de la demanda corregida, o sea, desde el 3 de octubre de 1938 (cuaderno principal, folio 80), hasta el día en que haga la entrega de ella.

El valor de dichos frutos se fijará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

Cuarto. Deniéganse todas las demás peticiones impetradas. En consecuencia, se absuelve a los demandados de los cargos respectivos.

Quinto. Cancélese la inscripción de la demanda. El Juez *a quo* librará el oficio correspondiente, en la debida oportunidad.

Sexto. Queda a salvo, en favor de José María Poveda y a cargo de Primitiva Gómez de Castro, la acción de saneamiento, con arreglo a la ley.

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

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Reivindicación

En el caso del artículo 956 del Código Civil la acción de dominio, como real que es, para recuperar una cosa o un derecho real, debe dirigirse contra el que sea poseedor de la una o del otro, porque los tenga con ánimo de señor o dueño, de suerte que el dueño, para reivindicar, tiene que dirigir su acción contra todos los herederos, si los bienes de la sucesión no se han dividido, o contra el adjudicatario de la cosa, y así, demandado un solo heredero, si los bienes de la sucesión no se han partido, o si la cosa no se ha adjudicado solamente a él, puede alegar la excepción correspondiente, o para que la acción se dirija contra todos los herederos o contra todos los adjudicatarios de la cosa.

Es jurisprudencia constante de la Corte que no es casable por la segunda causal de casación la sentencia que declara la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de una de las partes, porque el fallador está autorizado para fallar cualquiera excepción perentoria, aun cuando ésta no haya sido propuesta ni alegada.

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango)

Las señoras Virginia Benavides viuda de Jorge, Plácida Benavides de Padilla, María Benavides de Espitia, Victoria Soriano e Irene Benavides, en su calidad de representantes de la sucesión de Dominga Benavides v. de Melo, demandaron a María de Jesús Santos viuda de Niño, personalmente y como representante legal de la menor Fabiola Niño Santos, representante ésta a su turno de la sucesión de José Vicente Niño, para que se declarara judicialmente lo siguiente:

"Primero. Que se condene a la señora María de Jesús Santos v. de Niño en su nombre personal y como representante de la sucesión de José Vicente Niño, radicada en el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá en su calidad de representante legal de la menor Fabiola Niño Santos, única heredera en dicha sucesión, quien posee la finca y construcciones de 'El Manantial', que se dejó arriba alinderada, a restituirlas a la sucesión de Dominga Benavides v. de Melo, representada por mis mandantes.... peticionarias, junto con todos sus muebles y accesorios que forman parte de ellas y que también pertenecen a esta sucesión.

"Segundo. Que se condene a la señora María de Jesús Santos v. de Niño, en su carácter personal y como representante de la sucesión de José Vicente Niño, a la restitución de todos los frutos percibidos a partir de la fecha del fallecimiento de la señora Dominga Benavides v. de Melo ocurrido el 30 de diciembre de 1937, frutos tanto naturales como civiles y al pago del valor de los que hubieren podido percibir civil o naturalmente por el dueño con mediana inteligencia y actividad al tenor del artículo 964 del Código Civil.

"Tercero. Que se condene a la demandada poseedora de 'El Manantial' al pago de los deterioros causados en la finca a partir de la referida fecha del fallecimiento de Dominga Benavides, al tenor del artículo 963 del Código Civil.

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

El Juez de la instancia resolvió que no era el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda porque encontró probada la excepción perentoria de la falta de personería de la parte demandada, fundándose en que a los autos no se trajo la prueba de que la señora demandada tuviera la representación de la menor, ni la correspondiente para demostrar que ésta, a su vez, fuera representante de la sucesión de José Vicente Niño, pues ni siquiera se acreditó que dicha sucesión existiera.

Apelado este fallo para ante el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, fue confirmado por esta entidad en proveído de 24 de marzo del corriente año, en el cual declaró probada la excepción temporal de falta de personería sustantiva de la parte demandada, "porque habiéndose dirigido la acción contra una sucesión, y estando ésta constituída por todos los herederos, la litis no fue trabada con quienes debían responder en ella, como sujetos pasivos de la obligación demandada", basado el sentenciador en varias doctrinas de la Corte en las cuales se ha sentado de manera invariable, lo siguiente: "Cuando se demanda a la sucesión o para la sucesión la parte reo está constituída por todos los herede-

ros y la parte actora lo está por el heredero o herederos que piden para la comunidad".

La Corte estudia hoy los motivos que alega el recurrente, que representa la parte demandante en casación, por habérsele concedido y admitido el correspondiente recurso.

Se consideran quebrantados los artículos 62 - 307 del Código Civil, y 53 de la Ley 153 de 1887, por falta de apreciación de una prueba allegada por el recurrente, lo que equivale a un error de hecho manifiesto.

Se hace consistir este error y la consiguiente violación de los artículos citados, en que en la copia debidamente autorizada, expedida por el Juez 5º del Circuito de Bogotá y tomada de la causa mortuoria de José Vicente Niño, aparece que la demandada María de Jesús Santos viuda de Niño, renunció a todo derecho que a cualquier título pudiera corresponderle en la sucesión de su cónyuge, José Vicente Niño, a favor de su hija menor Fabiola Niño Santos, "cesando de hecho su interés directo en la sucesión y entrando a asumir la representación legal de sus hijos menores". Desapareciendo ese obstáculo legal, es decir, el interés que la madre tenía en la sucesión de su marido, automáticamente asumió la representación de la sucesión, como representante legal de sus menores hijos Fabiola y José Vicente Niño Santos, únicos herederos reconocidos en dicho juicio, y como el Tribunal no reconoció a la madre como representante legal de los dichos menores y a la vez representante de la sucesión, quebrantó las normas dichas.

Repárese, como primera providencia, que el recurrente hace figurar a José Vicente Niño Santos como heredero de su padre, en su alegato de casación, y que en la demanda apenas aparece la niña Fabiola como única heredera contra la cual se dirigió personalmente la demanda.

En segundo término, se anota que el Tribunal no tuvo ocasión de aplicar los preceptos que el recurrente considera violados, porque encontró probada la excepción temporal de falta de personería sustantiva de la parte demandada. Sin embargo de esto, en lo que se refiere a la representación de la menor Fabiola Niño, consideró que su madre podría representarla, a ella personalmente y a la sucesión de su legítimo padre, dando así aplicación, y en lo que respecta a la menor, a los artículos que el recurrente considera infringidos.

Respecto de la prueba que el recurrente dice que el Tribunal no apreció, hay que observar que el sentenciador tomó el auto en su tenor literal que es muy claro y en él el Juzgado 5º declaró que la señora María de Jesús Santos sí podía asumir la representación legal de su citada hija y que ésta era heredera de José Vicente Niño en su calidad de hija legítima. Nada dispuso este auto respecto del menor José Vicente Niño Santos, respecto del cual considera el Tribunal que no ha sido demandado en juicio y que por tanto no se puede asegurar si está bien o mal representado. Puede agregarse a lo anterior, que en el haber procesal no aparece que el menor José Vicente Niño Santos sea hijo de la señora María de Jesús Santos, y sin esta comprobación no puede atribuirse a la madre la representación de un menor que no se ha demostrado sea hijo de la dicha señora.

Considérase que se han infringido los artículos 669, 946, 950 y 956 del Código Civil, 481 y 472 del Código Judicial.

La violación ha consistido en que habiéndose acreditado en el curso del juicio el derecho de dominio de las demandantes sobre la finca de "El Manantial", objeto de esta reivindicación, el Tribunal se abstuvo en su sentencia de fallar en relación a ello.

El cargo, como se ve, es por omisión en la aplicación de determinadas disposiciones. Es evidente que el Tribunal no tenía por qué darles aplicación, puesto que no entró a decidir la cuestión a fondo, es decir, si la demandante tenía o nó el derecho de dominio sobre el inmueble reivindicado, porque encontró probada la excepción perentoria de falta de personería en la parte demandada, y mientras este basamento del Tribunal no sea invalidado en casación, no puede entrarse a estudiar la acción de dominio intentada, y ya se verá al tratarse de la segunda causal, que la sentencia es congruente con las peticiones de las partes cuando falla una excepción perentoria, como la ilegitimidad de la personería, aun cuando no haya sido propuesta.

Pero arguye el recurrente que como la personería de la menor Fabiola Niño sí estaba comprobada y que su madre la representaba, debió el sentenciador, al menos, declarar la reivindicación en la cuota que le correspondía a la dicha menor en la sucesión de su padre José Vicente Niño.

Se nota, en primer término, que el demandante no señaló la cuota o parte que poseía la demandada en la cosa reivindicada, condición indispensable para que la acción pueda prosperar, de acuerdo con el artículo 949 del Código Civil, y en segundo, que en el caso del artículo 956 del Código Civil, la acción de dominio, como real que es, para recuperar una cosa o un derecho real, debe dirigirse contra el que sea poseedor de la una o del otro, porque los tenga con ánimo de señor o dueño, de suerte que el dueño, para reivindicar, tiene que dirigir su acción contra todos los herederos, si los bienes de la sucesión no se han dividido, o contra el adjudicatario de la cosa, de suerte que demandado un solo here-

dero, si los bienes de la sucesión no se han partido, o si la cosa no se ha adjudicado solamente a él, puede alegar la excepción correspondiente, o para que la acción se dirija contra todos los herederos o contra todos los adjudicatarios de la cosa.

Al presente no se ha hecho lo que aconsejan los comentaristas en el párrafo anterior, ni se ha señalado la cuota determinada proindiviso de la cosa singular que pretende reivindicar, ni se ha comprobado que los bienes de la sucesión se hayan partido y adjudicado a los herederos, ni en qué proporción.

El cargo es, por tanto, infundado.

Otro motivo de casación que se alega contra el fallo, es la violación de los artículos 472 y 481 del Código Judicial, consistente en que el Tribunal se abstuvo de fallar las acciones aducidas en juicio, incurriendo así en la segunda causal de casación.

Para rechazar este cargo, basta observar que las disposiciones de los artículos 472 y 481 del Código Judicial son adjetivas y que su violación, si la hubiere, por sí sola no da pie para casar una sentencia, sino cuando la violación de ellas quebrantare alguna disposición sustantiva, que no ha sido señalada por el actor del recurso.

Es jurisprudencia constante de la Corte que no es casable por la segunda causal de casación la sentencia que declara la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de una de las partes, porque el fallador está autorizado para fallar cualquiera excepción perentoria, aun cuando ésta no se haya propuesto ni alegado.

Esto en cuanto se refiere a la acción intentada contra la menor Fabiola Niño Santos, pero no sucede lo propio en tratándose de la acción reivindicatoria dirigida personalmente también contra María de Jesús Santos v. de Niño, porque el Tribunal respecto de esta acción no resolvió nada ya que la excepción que reconoció como falta de personería sustantiva de la parte demandada se refiere únicamente a la menor Fabiola Niño. Ha incurrido por tanto el Tribunal en la segunda causal con relación a la demandada María de Jesús Santos, pero a pesar de esto no se podrá casar el fallo porque la Corte llega a las mismas conclusiones a que llegó el Tribunal, por cuanto en la acción reivindicatoria que se dirigió contra la Santos, no se determinó la cuota que ella poseía en el inmueble reivindicado, y faltando este requisito, la acción reivindicatoria no puede prosperar, tanto más cuanto la demandada al contestar la demanda no se dio por poseedora total del cuerpo reivindicado.

Por último y en forma subsidiaria, pide se case el fallo por haberse incurrido en la causal de nulidad que contempla el artículo 448 del Código Judicial, lo que equivale a alegar el sexto motivo de casación.

Para confutar este cargo basta observar simplemente, que el menor José Vicente Niño Santos no fue demandado ni personalmente ni en persona de su legítimo representante, por consiguiente él no es parte en el juicio y no siendo parte en el juicio no puede decirse que estuviera mal representado, y no lo fue, porque como lo manifestó el señor apoderado de los demandantes en el acto de la audiencia "no tenía noticia de que existiera otro heredero del causante José Vicente Niño, distinto de la menor Fabiola".

No está por demás advertir que el recurrente, para que su recurso prosperara, ha debido demostrar que las jurisprudencias en que se basó el Tribunal para declarar probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la parte demandada, contrarían alguna disposición civil sustantiva.

Esas jurisprudencias figuran en los tomos XLIII,, páginas 789 y 790; XLV, página 844; XLVIII, página 525, y XLVI, página 557.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla:*

1º *No se infirma* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veinticuatro de marzo del corriente año.

2º Sin costas por lo que se dijo en la parte motiva de este fallo.

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

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez.—Emilio Prieto H., Oficial Mayor.

Acción petitoria de pago de perjuicios

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes.

Los hechos fundamentales de la demanda los sintetiza asi la parte actora:

1º La señora Petra Cáceres, a la fecha de la demanda, era propietaria de la finca rural denominada "La Floresta", en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, cuyos linderos están determinados en el instrumento notarial respectivo;

2º El día 9 de julio de 1940 las locomotoras que conducen los trenes del Ferrocarril de Cúcuta, al hacer el recorrido diario entre aquella ciudad y Puerto Villamizar, alimentadas como iban con leña, lanzaron gran cantidad de chispas que incendiaron los pajonales cercanos a la vía férrea e hicieron propagar el fuego a las fincas limítrofes de "Loma Quemada" y "Santa Rita", y de éstas a "La Floresta", cuyos cinco potreros de pasto se quemaron casi en su totalidad, lo mismo que las otras sementeras y parte del bosque, destruyendo además las cercas;

3º La Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, por falta de diligencia y cuidado, ya por no mantener la vía en debidas condiciones de limpieza, como lo prescribe la Ley 76 de 1920; ya por el empleo de madera como combustible para alimentar las locomotoras, sin las seguridades y protección del caso, para evitar el escape de las chispas, es civilmente responsable de los perjuicios causados por el incendio y debe ser condenada a pagar la indemnización correspondiente.

El proceso.

Por escrito fechado el 10 de febrero de 1941 la señora Petra Cáceres, demandó a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A., con domicilio en aquella ciudad y representada por su Presidente, doctor Emilio Gaitán Martín, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se le condenara al pago de la cantidad de cinco mil pesos con noventa y cinco centavos ($ 5.000.95), valor de los perjuicios —daño emergente y lucro cesante— que sufrió a causa del incendio de los potreros de la finca de su propiedad "La Floresta", originado en los predios circunvecinos por las chispas de fuego lanzadas por una de las locomotoras del ferrocarril de la citada Compañía que hace el recorrido de Cúcuta a Puerto Villamizar y viceversa, hecho que tuvo lugar el dia nueve (9) de julio de mil novecientos cuarenta.

Agotada la tramitación de primera instancia, le puso término el Juez 2º del Circuito de Cúcuta por medio de sentencia fechada el 30 de octubre de 1941, en la cual absolvió a la Empresa demandada por considerar que el actor no habia demostrado plenamente los hechos en que se basó la demanda para deducir la responsabilidad civil de la Compañía opositora, por culpa de dicha entidad que sirviera de causa eficiente del incendio.

La sentencia acusada.

Tramitado luégo el segundo grado de este proceso por virtud de apelación de la parte actora, le puso fin el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona por medio de sentencia definitiva pronunciada el 30 de septiembre de 1943, en la cual *confirma* la absolutoria de primera instancia que fue materia de la alzada. Sin costas.

Acepta el Tribunal que en la segunda instancia se evidenció suficientemente la personería sustantiva de la Compañía demandada, con los elementos probatorios exhibidos en el juicio, con lo cual queda eliminado del debate ese presupuesto procesal.

Al entrar al fondo de la acción indemnizatoria instaurada, estima el fallador de segundo grado que es muy deficiente la prueba testimonial presentada por la actora para comprobar la culpa por parte de la empresa del ferrocarril y la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio que alega haber padecido la señora Cáceres.

Para el Tribunal, está plenamente demostrado que "La Floresta" se incendió por haberse propagado hasta ella el fuego de que fueron víctimas también las fincas limítrofes antes mencionadas, según se desprende de la inspección ocular extrajudicial practicada el 2 de agosto de 1940, en asocio de peritos y de los testigos que asistieron a esta diligencia. De manera que el

hecho que originó el daño, el incendio, queda fuera de todo debate en esta causa.

Pero al examinar la prueba testifical, única exhibida por la actora para evidenciar la culpa de la Compañía demandada, llega el Tribunal a la conclusión de que tales testimonios deben desestimarse porque tales deponentes no están de acuerdo en la fecha en que aseveran que se inició el incendio, ya que unos sostienen que fue el 6 de julio y otros que el 9 de ese mismo mes; fuera de que algunos de los testigos dicen que no recuerdan si el suceso ocurrió en junio o julio. Agrega el fallador de Pamplona que en el cuerpo de tales deposiciones existen, además, falta de precisión y de armonia en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, amén de manifiestas contradicciones que le restan mérito probatorio a esa prueba de la culpabilidad de la entidad opositora. Agrega que los testimonios de Rincón, Chacón, Trujillo, Romero y Urraya adolecen del vicio de que no tienen un conocimiento personal y directo acerca de la causa del incendio, de suerte que sus deposiciones de simple referencia no tienen fuerza ni eficacia, ni constituyen plena prueba del hecho culposo imputado, al tenor de los artículos 698 y 699 del Código Judicial. Este es el razonamiento fundamental del fallador mencionado para que no prospere la acción incoada.

El recurso de casación.

Lo interpuso el apoderado de la parte actora y acusa la sentencia por el primer motivo de los consagrados en el artículo 520 del Código Judicial. Se pasan a extractar los cargos formulados en casación:

1º El sentenciador dejó de apreciar la prueba de inspección ocular preventiva practicada por el Juez con asistencia de testigos y peritos, así como la inspección pericial llevada a término, durante el juicio, que suministran elementos de convicción acerca de la culpa y la responsabilidad consiguiente de la Empresa demandada. La falta de estimación de la mencionada prueba constituye infracción de los artículos 661, 662, 632 y 732 del Código Judicial, disposiciones que permiten atribuírle a la misma prueba el valor de una presunción reconocida a favor del demandante y que muestra la relación que existe entre los hechos que constituyen esa presunción y el que se trata de averiguar.

2º El fallador ha incurrido en error de derecho al analizar la prueba testimonial aducida por la parte actora, negándole el mérito probatorio que tiene, a pesar de que con ella quedó demostrado que el fuego que destruyó los pastos, cercas, huertas y montes de "La Floresta", fue producido por las chispas arrojadas por las locomotoras sobre los matorrales y pajonales secos que había a uno y otro lado de la carrilera, de donde se propagó rápidamente a dicha hacienda, sin que hubieran podido evitarlo los propietarios y vecinos. Estima la actora recurrente que al desechar esa prueba violó directamente los artículos 668, 697 y 702 del Código Judicial.

Estudio de los cargos.

A) Inspección ocular y dictamen pericial.

No es fundado este cargo de que el sentenciador dejó de apreciar la diligencia de inspección ocular y el consiguiente dictamen pericial practicado extrajuicio para comprobar el incendio y sus consecuencias devastadoras en la finca de la actora. En un aparte de su fallo dice el Tribunal, fundado en esas piezas del proceso, que "La Floresta" se incendió el 9 de julio de 1940. Y luégo agrega textualmente: "y que a causa del incendio quedaron destruídos los potreros, huertas, cercas y parte de montaña con hechos plenamente establecidos con las declaraciones, ratificadas luégo, de los testigos Venancio Rincón, Manuel Chacón, Alfonso Trujillo y Rafael Romero, examinados por el *Juez a quo durante la diligencia de inspección ocular* extrajudicial practicada el 2 de agosto, en asocio de los peritos Manuel Arias y Víctor Otálora, así como con las propias observaciones del Juez, consignadas en el acta correspondiente". (Subraya la Corte).

Lo que no pudo aceptar el Tribunal es la conclusión a que aspira la actora y recurrente, de que con la inspección ocular y el dictamen pericial quedara plenamente demostrado que el hecho culposo, el incendio, se hubiera originado necesaria y fatalmente por las chispas de las locomotoras del ferrocarril que transitaron por esa vía el día que se señala como el de origen del incendio. De esas diligencias no podía deducir el juzgador, como lo pretende la parte que acusa en casación, que en realidad la Compañía demandada fuera responsable de culpa civil por descuido o negligencia en el cumplimiento de sus deberes, ni menos que las chispas de sus locomotoras fueron en realidad las causantes del lamentable suceso. De ahí que, con vista del haz probatorio exhibido en el juicio, concluyera que no está plenamente evidenciada la relación directa de causalidad entre la culpa y el daño, fenómeno jurídico indispensable para deducir la responsabilidad civil extracontractual y la consiguiente obligación de indemnizar los perjuicios.

Si esto es así, si las anotadas diligencias no pueden, por sí solas, servir de suficiente fundamento jurídico a la responsabilidad cuya declaratoria judicial se impetra; si el Tribunal tuvo en consideración esos elementos probatorios en su fallo, carece de fundamento el cargo que se estudia, ya que el sentenciador no omitió el es-

tudio de la inspección ocular y del dictamen pericial, sino que se limitó a darles el mérito demostrativo que les correspondía, aceptando en consecuencia la plena existencia del hecho que ocasionó el daño, pero negándose a otorgarles el valor de plena prueba de la responsabilidad del agente señalado en la controversia como autor de un ilícito civil.

Y ya viene visto que al proceder así, no incurrió en error de hecho manifiesto, ni menos en error de derecho en la apreciación de esos elementos probatorios. En tales errores hubiera incurrido si negara la existencia del incendio, cosa que no hizo; o si hubiera fundado en esa prueba real, aisladamente considerada, la plena demostración de la culpa por parte de la empresa demandada.

No es fundado este cargo. Se rechaza.

B) Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial.

Este segundo cargo, de mayor validez en apariencia para obtener la infirmación del fallo acusado, tampoco tiene fundamento suficiente, por las razones que pasan a exponerse:

Basta la simple lectura de los testimonios allegados por la parte actora para llegar a la misma conclusión del Tribunal, de que son contradictorios y no guardan la debida correspondencia y armonía en las circunstancias de modo y tiempo. Al efecto, unos testigos dicen que el incendio causante del daño se originó el día 6 de julio y otros aseveran que tal insuceso se inició el 9 del mismo mes. Varios de tales deponentes no se atreven a precisar siquiera el mes, pues dicen que fue en junio o en julio. De ahí provino que el Tribunal, al estudiar los testimonios de la primera instancia (Venancio Rincón, Manuel Chacón, Rafael Romero, Alfonso Trujillo) los desestimara por contradictorios e insuficientes para evidenciar plenamente que el hecho culposo le fuera imputable a la Compañía demandada, base de la responsabilidad civil cuya declaración se suplica en este proceso.

Luégo, al apreciar los testimonios de la segunda instancia, sostiene el Tribunal que la deposición de José Dolores Pérez no puede aceptarse como demostración de la culpa de la empresa, porque al decir "que esas máquinas fueron las que causaron el daño...." parte de meras suposiciones, pero no de hechos ciertos y concretos conocidos por el deponente, en virtud de sus propias y directas percepciones.

Al examinar las declaraciones de Sayago y Navas hace el fallador de segundo grado la observación de que viajaban en el ferrocarril y no pudieron darse cuenta, a la velocidad del tren, que unas chispas arrojadas por la locomotora produjeran el incendio. Agrega el Tribunal que si el incendio se propagó a "La Floresta", por haber llegado hasta ella el fuego de las fincas contiguas que están al borde de la vía férrea, vale decir que tuvo que mediar cierto espacio de tiempo para que el fuego llegara hasta ella, por estar situada a dos kilómetros de la carrilera del tren; y si esto es así, no dicen la verdad ni merecen crédito Pérez y Sayago cuando afirman que vieron que el día 9 de julio, al pasar el tren arrojando chispas, se incendiara la finca de la actora, que ellos mismos dicen que está distante de la vía.

De lo dicho concluye la Corte que no son equivocados los razonamientos del Tribunal cuando en uno de los pasos del fallo acusado dice lo siguiente: "En conclusión: no hay al menos dos testigos que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar para que formen plena prueba conforme lo estatuye el artículo 697 del Código Judicial; todos los declarantes deponen dando como razón el hecho de haberlo oído a otros, por lo cual su dicho carece de fuerza probatoria, al tenor del artículo 698, puesto que no se trata de establecer un hecho muy antiguo ni demostrar la fama pública; tampoco presta mérito o hace fe el dicho de un testigo que se contradice notable y manifiestamente como sucede aquí con todos los aludidos, según reza el artículo 701, y finalmente el artículo 702 faculta al juzgador para prescindir de las exposiciones de los testigos que se contradicen entre sí, sobre un mismo punto, si no hay razón plausible para atender el dicho de unos preferentemente de otros".

De donde se desprende que no aparece de modo manifiesto en los autos el error de hecho o el de derecho en que incurriera el Tribunal al estudiar y valorar la prueba testimonial, y menos ha podido infringir de algún modo las normas legales señaladas por el recurrente.

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 Pamplona el día 30 de septiembre de 1943.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Fideicomiso de herencia

¿Qué derechos tiene el fideicomisario, muerto el constituyente, antes del advenimiento de la condición señalada para la restitución del fideicomiso, sobre los bienes constituídos en propiedad fiduciaria? ¿Puede el fideicomisario, en las circunstancias dichas, enajenar esos derechos, así sea la simple calidad, capacidad o aptitud de fideicomisario? La Corte, sin vacilación, se inclina por la negativa de estos postulados, solución que es armónica en un todo con las disposiciones civiles que reglan la propiedad fiduciaria y con los principios generales que informan las donaciones y los derechos sucesorales. (Artículos 820, 821 del Código Civil).

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango)

El señor don Jorge Vargas Heredia otorgó testamento cerrado en Boston (Estados Unidos de América), e instituyó herederos a sus hijos María Vargas de Costa y Jorge Vargas Suárez, en una tercera parte a cada uno; y en otra tercera parte a sus nietos Lucía, Jorge y Hernando Echeverri Vargas. El señor Vargas Heredia murió el 2 de septiembre de 1925. Su testamento fue abierto, publicado y protocolizado por la escritura número 2185 de 15 de diciembre de 1925, en la Notaría Tercera de Bogotá.

En la cláusula 5ª de su memoria, dispuso el testador: "La cuarta parte de mis bienes de que puedo disponer para mejoras entre mis descendientes, pasará a mejorar a mi hijo Jorge, a quien considero por varias razones ocasionadas por la pérdida de su salud el más desgraciado de mis hijos. Lo que a este título le dejo a mi hijo Jorge pasará a su muerte a acrecer la legítima de mis otros hijos y nietos".

Jorge Echeverri Vargas, por escritura 618 de 27 de febrero de 1928, transfirió al señor Olinto Marcucci "todos los derechos que le corresponden y todos los que puedan llegar a corresponderle a cualquier título, en la sucesión de su abuelo materno, señor Jorge Vargas Heredia. En esta sucesión se le adjudicó a Marcucci como cesionario de Jorge Echeverri Vargas un derecho proindiviso en el inmueble de Puente Aranda, por la suma de $ 12.689.48 sobre un avalúo de $ 132.225.28.

En el mismo juicio de sucesión, y en cumplimiento de la cláusula testamentaria sobre mejoras, se le adjudicaron a Jorge Vargas Suárez dos casas en Bogotá. Este señor falleció en 24 de febrero del año de 1935, y en su juicio de sucesión todos sus bienes le fueron adjudicados a su hermana María Vargas de Costa, como su heredera universal.

Olinto Marcucci, como Gerente de la Compañía Urbanizadora Marcuchinia, S. A., cesionaria del mismo señor Marcucci, demandó a la señora María Vargas de Costa, Lucía Echeverri Vargas de Ritter y Jorge Echeverri Vargas, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que a la muerte del doctor Jorge Vargas Suárez, acaecida el 24 de febrero de 1935, los bienes que le fueron adjudicados en el juicio de sucesión de su padre, doctor Jorge Vargas Heredia, en la hijuela destinada al pago de la cuarta de mejoras, pasaron a acrecer las legítimas de su hija la señora María Vargas de Costa, y de sus nietos la señora Lucía Echeverri de Ritter, Jorge Echeverri Vargas (hoy su cesionaria la Compañía Urbanizadora Marcuchinia, S. A.) y Hernando Echeverri Vargas (hoy sus herederos Lucía y Jorge Echeverri Vargas).

"2ª Que las proporciones en que se efectuó ese acrecimiento o aumento de las legítimas de que se ha hablado, en cuanto a los bienes de la citada cuarta de mejoras, fueron las siguientes: para la señora María Vargas de Costa, las tres sextas partes; para la señora Lucía Echeverri de Ritter una sexta parte; para el señor Jorge Echeverri Vargas, hoy a su cesionaria la Compañía Urbanizadora Marcuchinia, S. A., una sexta parte, y para el señor Hernando Echeverri Vargas, hoy sus herederos, una sexta parte.

"3ª Que los bienes adjudicados en pago de la cuarta de mejoras en el juicio de sucesión del doctor Jorge Vargas Heredia, que a la muerte del doctor Jorge Vargas Suárez pasaron a acrecer, en las proporciones dichas, el haber herencial de su hija doña María Vargas de Costa, y de sus citados nietos Lucía, Jorge y Hernando Echeverri Vargas, hoy sus cesionarios o sucesores, son los siguientes: a) Una casa de tapia y teja,

situada en la cuadra 12 de la carrera 12 de esta ciudad de Bogotá, designada en su puerta de entrada con el número 77 A. (hoy número 17-89) de la carrera 12, barrio de Las Nieves; b) Una casa baja de tapia y teja, junto con el lote en que está edificada, situada en esta ciudad de Bogotá en la esquina que forma la calle 18 y la carrera 5ª, barrio de Las Nieves, designada en su puerta de entrada con el número 230 (hoy número 18-06) de la misma carrera; y c) La suma de veintidós mil setecientos treinta y cinco pesos con once centavos.

"4ª Que la señora María Vargas de Costa ocupó dichos bienes desde que le fueron adjudicados todos los haberes hereditarios en plena propiedad en el juicio de sucesión del doctor Jorge Vargas Suárez, en calidad de única heredera.

"5ª Que la Compañía Urbanizadora Marcuchinia, S. A., tiene derecho a que se le adjudiquen en la sexta parte que le corresponde, como cesionaria del señor Jorge Echeverri Vargas, los expresados bienes; lo mismo que la parte proporcional de los mismos que le pueda corresponder por no aceptar los demás herederos del doctor Vargas Heredia su parte en dichos bienes.

"6ª Que la señora María Vargas de Costa está obligada a restituir a la Compañía Urbanizadora Marcuchinia, S. A., cesionaria de los derechos del señor Jorge Echeverri Vargas, dicha sexta parte de los expresados bienes hereditarios, con los aumentos y acrecimientos que haya tenido o tenga esa parte de la herencia y con los respectivos frutos naturales y civiles que haya producido o podido producir desde la muerte del doctor Jorge Vargas Suárez hasta el día de la entrega; y

"7ª Que la señora María Vargas de Costa debe pagar las costas de este juicio."

El Juez de la instancia desató favorablemente todas las peticiones de la demanda, excepto la quinta, sin hacer condenación en costas.

La parte demandada apeló para ante el Tribunal y esta entidad, en proveído de 11 de abril del año en curso, confirmó el fallo apelado en todas sus partes, "con la modificación de que la restitución de frutos ordenada por el numeral 6º de la parte resolutiva de ella se haga a partir del veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta; de que los civiles de la sexta parte de la cantidad de veintidós mil setecientos treinta y cinco pesos once centavos ($ 22.735.11) de que trata el numeral c) del punto tercero de la parte resolutiva de la misma sentencia que se confirma, son los intereses legales, a partir del mismo veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta hasta cuando se haga la restitución; y que en la restitución, si fuere el caso, se harán los abonos de que trata el artículo 964 del Código Civil".

Por medio de apoderado los señores demandados, establecieron el correspondiente recurso de casación que les fue concedido y admitido por la Corte, el cual debidamente sustanciado, se procede a decidir hoy, previas las siguientes consideraciones.

El recurrente acusa la decisión del Tribunal por el quebrantamiento de ciertas disposiciones civiles, ya directamente, ora por indebida aplicación al caso del pleito, a consecuencia del error de derecho en que incurrió al apreciar la cláusula 5ª del testamento.

La Corte no sigue paso ante paso al recurrente en todos y cada uno de los cargos que le hace al fallo del Tribunal de Bogotá, por cuanto está exonerada de acuerdo con el artículo 538 del Código Judicial, porque a su juicio prospera el reparo del recurrente por violación del artículo 820 del Código Civil, en concordancia con el 653 y 1866 de allí, como pasa a verse.

No es materia de discusión judicial, y las partes han convenido en ello, que el testador Vargas Heredia en la cláusula 5ª de su testamento, constituyó un fideicomiso sobre la cuarta de mejoras a favor de su hijo Jorge para que a la muerte de éste esa cuarta pasara a sus demás hijos legítimos y nietos, herederos del testador.

La cuestión legal que está sometida hoy al juicio de la Corte es concretamente, en síntesis, la siguiente: ¿Qué derechos tiene el fideicomisario, muerto el constituyente, antes del advenimiento de la condición señalada para la restitución del fideicomiso, sobre los bienes constituídos en propiedad fiduciaria? ¿Puede el fideicomisario, en las circunstancias dichas, enajenar esos derechos, así sea la simple calidad, capacidad o aptitud de fideicomisario?

La Corte, sin vacilación se inclina por la negativa de estos postulados, solución que es armónica en un todo con las disposiciones civiles que reglan la propiedad fiduciaria y con los principios generales que informan las donaciones y los derechos sucesorales.

En efecto, el texto claro en su tenor literal del artículo 820 del Código Civil, preceptúa que el fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo, ya se refiera la palabra *fideicomiso* empleada en el artículo a la propiedad fiduciaria o a la cosa constituída en propiedad fiduciaria, y sólo le reconoce la simple expectativa de adquirirlo, la cual no constituye un verdadero derecho sobre los bienes constituídos en propiedad fiduciaria. La ley, sin embargo, garantiza la simple expectativa del fideicomisario, concediéndole la facultad de impetrar las providencias conservatorias que le convengan si la propiedad pareciere peligrar, o deteriorarse en manos del fiduciario.

Que no tiene derecho alguno el fideicomisario sobre la cosa constituída en propiedad fiduciaria, lo está pregonando igualmente el artículo 821 que estatuye, que si el fideicomisario fallece antes de la restitución, no trasmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa que pasa *ipso jure* al sustituto o sustitutos, si los hubiere. Si el fideicomisario que fallece antes de la restitución no transmite derecho alguno sobre el fideicomiso, es por la sencillísima razón de que en su patrimonio no existe ese derecho, no ha entrado a formar parte de él y, por consiguiente, no puede transmitirlo, cosa que no sucedería si ese derecho hiciera parte del patrimonio del fideicomisario, porque en general los bienes y derechos que constituyen el patrimonio de una persona son susceptibles de transmisión por testamento o abintestato.

Refuerza la anterior argumentación el mandamiento preciso y terminante del artículo 1224 que ordena que ni el fideicomisario de primer grado, ni sustituto alguno llamado a ocupar su lugar, transmite su expectativa si falta, y esto es razonable porque el fideicomisario no se halla en caso de aceptar, hasta el momento de la restitución, aun cuando puede repudiarla antes de ese momento, lo que indica que antes de la aceptación el fideicomisario no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, pues si lo tuviera, no podría el fiduciario que haya aceptado y notificado su aceptación al donante, de común acuerdo con éste, hacer alteraciones en el fideicomiso, sustituir el fideicomisario por otro y aun revocar el fideicomiso enteramente sin que pueda oponerse a ello el fideicomisario, lo que vale decir que éste no tiene derecho alguno al fideicomiso, mientras penda la condición, pues si lo tuviere, ni el fiduciario ni el constituyente, de común acuerdo, pudieran vulnerar el derecho del fideicomisario, cosa que no podría ser autorizada por la ley, es decir, permitir que se viole un derecho legítimo del fideicomisario.

Si el fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución, hay que entender que el fideicomisario, antes de ella no puede despojarse de su calidad o carácter de fideicomisario para transferirlo a otra persona, porque la ley ordena, como condición esencial de la adquisición fideicomisaria, que el fideicomisario exista en el momento de la restitución, y bien se ve que una persona no puede vivir o existir por otra. Además, si se pudiera ceder el carácter, la calidad o la actitud de fideicomisario a otra persona, pendiente la condición de restitución, podría llegar el caso de que no se extinguiera el fideicomiso por faltar la condición cual es, la existencia del fideicomisario en el momento de la restitución, si no hubiere sustituto, conclusión inaceptable por ser la falta del fideicomisario el día de la restitución, uno de los modos como el fideicomiso se extingue. (Numeral 5º, artículo 822), y porque es el constituyente la única persona que puede designar el fideicomisario o su sustituto, de suerte que si el fideicomisario pudiera ceder su condición de tál, él sería, quien nombraba el fideicomisario o su sustituto, lo que contraría terminantes disposiciones de la ley civil, y deformaría la institución.

El fideicomisario, cumplida la condición para la restitución, sucede por causa de muerte, si así puede decirse como lo sostiene Planiol y Ripert, al fiduciario, y el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de un contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona, postulado éste del cual fluye como consecuencia ineludible que el fideicomisario no puede ceder su derecho, si lo tuviere, de suceder al fiduciario cuando éste falleciere. (Artículo 1520). Se nota que las legislaciones latinas miran con desvío los pactos cuya eficacia depende de la muerte de una persona.

Ahora, si se considera que el derecho del fideicomisario está sometido a una condición suspensiva, y ésta tiene como efecto propio suspender el nacimiento del derecho, no es extraño que siendo para el fideicomisario la condición de carácter suspensivo, mientras ella esté pendiente, no tenga ningún derecho, sino una simple expectativa de llegar a ser dueño de la cosa una vez que se cumpla la condición (Alessandri y Somarriva).

Se ha sostenido en este litigio que el fideicomisario al ceder su derecho de tál, celebra un contrato de venta de cosas que no existen, pero que se espera que existan, venta que ha de entenderse hecha bajo la condición de existir, de acuerdo con el artículo 1869 del Código Civil. Este concepto ha sido prohijado por el sentenciador, pero la Sala considera que al prohijarlo, erró el Tribunal, porque aunque las cosas que se espera que existan pueden ser materia de compraventa, no por eso puede entenderse aquí aplicable esa disposición puesto que, según se ha visto de acuerdo con la naturaleza jurídica de la institución fideicomisaria, la expectativa del fideicomisario no puede ser transferida, y la condición de ser inenajenable la cosa, abarca las presentes y las futuras.

Si el fideicomisario no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, no puede decirse que al ceder su condición o título de tál, efectúe una venta de una cosa que no existe pero que se espera que exista, porque él no tiene derecho ninguno que vender como fideicomisario en ese carácter, estando pendiente la condición.

Arguye la parte no recurrente que la expresión "simple expectativa" que trae el artículo 820, equivale a derecho actual o eventual, como lo denomina el artículo 1354, de donde deduce que la simple expectativa del artículo 820 equivale a un derecho eventual, el cual sí puede ser cedido por el fideicomisario.

Eventual, es lo que está sujeto a cualquier evento o contingencia, es decir, un acontecimiento o suceso de realización incierta o conjetural que en ningún caso puede constituír lo que la ley denomina derecho, sobre el cual puedan las partes acordar pacto alguno.

No desconoce la Sala que la jurisprudencia francesa ha llegado a autorizar a los fideicomisarios para constituir hipoteca sobre el fideicomiso y a permitirles ceder derechos sobre los bienes gravados y aun ceder la totalidad de sus derechos; pero esta jurisprudencia, afirman los comentaristas, forma un contraste singular con la que mantiene la prohibición de los pactos sobre sucesión futura, jurisprudencia esta última que se amolda mejor a nuestros principios sobre sucesión, donaciones y fideicomisos consignados en pertinentes disposiciones del Código Civil, citadas y comentadas en este fallo.

En este proceso hay un factor de hecho de valor ingente que sirve para reforzar las conclusiones a que ha llegado la Sala al dilucidar el punto jurídico en estudio, cual es, el que el fideicomiso se constituyó sobre la cuarta de mejoras que no puede corresponder sino a los descendientes legítimos, o hijos naturales o descendientes legítimos de éstos, y si el fideicomisario pudiera desprenderse, antes del advenimiento de la condición, de su calidad de tál, para traspasársela a otra persona, ésta, en determinados casos, podría ser el asignatario de la cuarta de mejoras o de una parte de ella, cosa que está terminantemente prohibida por la ley. (Artículo 23, Ley 45 de 1936).

De la exposición anterior se viene en conocimiento que el sentenciador quebrantó los artículos 653, 820 y 1866 del Código Civil y que por ello habrá de casarse el fallo sometido a casación.

Como el fideicomisario Jorge Echeverri Vargas, no pudo transferir al señor Olinto Marcucci su calidad de fideicomisario, por el contrato contenido en la escritura número 618, de 27 de febrero de 1928, la Compañía cesionaria de este último señor carece de derecho para establecer la acción intentada contra los actuales demandados, es decir, carece de personería sustantiva para demandar la efectividad de un derecho que no ha adquirido.

En consecuencia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ***falla:***

1º *Infírmase* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha once de abril del año en curso.

2º *Revócase* la sentencia proferida por el Juez 4º del Circuito de Bogotá, de fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos.

3º Absuélvese a los demandados de todos los cargos de la demanda.

4º No se hace condenación en costas ni en el recurso, ni en las instancias.

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

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

Acción petitoria de pago de perjuicios

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

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

El doctor Aparicio Rey R., por medio de apoderado y en escrito presentado el 6 de julio de 1940, que fue repartido al Juez 2º Civil de este Circuito, demandó en juicio ordinario al Municipio de Bogotá, y solicitó que se hicieran las declaraciones que a continuación se sintetizan:

Que dicho Municipio está obligado a pagarle la cantidad de $ 20.000, como indemnización de daños y perjuicios por la destrucción de la casa de su propiedad distinguida con los números 296 y 298 de la calle 10 de esta ciudad, situada entre las carreras 12 y 12-A, todo de la antigua nomenclatura, casa que fue destruída por las inundaciones ocurridas en 1932 por las aguas del colector del río San Francisco, cantidad que representa el daño emergente sufrido por el actor.

Que el mismo Municipio está obligado a pagarle, por el lucro cesante, el valor de los arrendamientos que por la citada casa dejó de recibir, a razón de $ 140 mensuales en promedio, desde el 19 de noviembre de 1932, en que fue destruída, hasta el 19 de junio de 1940, o sea la cantidad de $ 12.740, y el valor de los arrendamientos de la propia casa, a razón también de $ 140 mensuales, desde el 19 de junio de 1940 hasta la fecha en que se verifique el pago total de la indemnización.

Corrido el traslado de la demanda, a la cual se opuso el Personero Municipal y trabada así la litis, fue decidida por el Juez *a quo* en sentencia fechada el quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, que en lo pertinente dice:

"1º No declarar probadas las excepciones propuestas por el demandado;

"2º Declarar que el Municipio de Bogotá está obligado a pagar al doctor Aparicio Rey R., por indemnización de daños y perjuicios causados en la casa de su propiedad distinguida con los números 296 y 298 de la calle 10 de esta ciudad (antigua nomenclatura), situada en el barrio de San Victorino, entre carreras 12 y 12-A, alinderada así: 'Por el Norte, con casa que es o fue de Estanislao Rodríguez; por el Sur, con la calle 10; por el Oriente, con casa que fue de Francisco Olaya y después del Banco Hipotecario de Colombia; y por el Occidente, con propiedad que fue de Francisco de P. Ramírez y después de los herederos de Jorge Boshell', la cantidad de once mil doscientos ochenta pesos ($ 11.280), moneda corriente por el valor de la edificación de la referida finca destruída en el año de 1932 a consecuencia de las inundaciones anotadas, suma ésta que representa el daño emergente sufrido por el demandante:

"3º Declarar que el mismo Municipio está también obligado a pagar al nombrado doctor Rey el lucro cesante que como producto de los arrendamientos de dicha casa dejó de percibir, a razón de cien pesos ($ 100) mensuales desde el 19 de noviembre de 1932, fecha en que fue destruída la finca aludida por las mencionadas inundaciones, hasta el día 19 de junio de 1940, o sea la cantidad de nueve mil cien pesos ($ 9.100) moneda corriente, más el mayor valor promedial de arrendamientos dentro del período indicado, estimado en la suma de mil seiscientos treinta y ocho pesos ($ 1.638) moneda corriente;

"4º Declarar que el nombrado Municipio debe igualmente pagar al doctor Rey, por razón del lucro cesante, la cantidad equivalente a los arrendamientos de la casa que se ha dejado determinada, computados a razón de ciento veinte pesos mensuales ($ 120) desde el 19 de junio de 1940 hasta la fecha en que se verifique el pago total de la indemnización por los daños y perjuicios aquí reclamados.

"5º No hay lugar a condenación en costas."

En virtud de apelación interpuesta por el Personero de Bogotá, subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, entidad que, una vez agotada la tramitación de segundo grado, pronunció la sentencia de fecha once de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, cuya parte resolutiva dice:

"1º Confírmanse los numerales primero, segundo y quinto de la sentencia recurrida, proferida por el señor Juez 2º de este Circuito el quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos.

"2º Refórmase el numeral tercero de la misma sentencia, el cual quedará así: El Municipio de Bogotá debe pagar a Aparicio Rey el lucro cesante que como producto de los arrendamientos de

la casa números 296 y 298 de la calle décima de esta ciudad, dejó de percibir, a razón de cien pesos ($ 100) mensuales, desde el diez y nueve de noviembre de mil novecientos treinta y dos, fecha de la destrucción de la citada finca por la inundación mencionada, hasta el siete de septiembre de mil novecientos treinta y tres, fecha en que el señor Rey permutó el lote en que estaba construída, con el señor Antonio J. Cardona, o sea un total de novecientos cincuenta y nueve pesos con noventa y cuatro centavos ($ 959.94).

"3º Revócase el numeral cuarto de la sentencia apelada y en su lugar se absuelve al Municipio de Bogotá de la tercera petición de la demanda.

"Sin costas en la segunda instancia."

El Tribunal encontró plenamente demostrada la culpa del Municipio, la que "se debió —dice— a defectos del colector, construído con una capacidad menor de aquella que necesitaba para llevar aguas en épocas de fuertes lluvias", sin que fuera "obstáculo que la construcción se hubiera efectuado por contrato, pues, según lo ha sostenido la jurisprudencia en casos similares, el Municipio es responsable siempre de las obras verificadas bajo su intervención, y del mal funcionamiento de los servicios públicos colocados bajo su guarda o vigilancia."

Declaró no probadas las excepciones de carencia de acción, caso fortuito y prescripción, esta última porque consideró que la responsabilidad del Municipio es directa y no indirecta, por lo cual no era el caso de aplicar el artículo 2358 del Código Civil.

Respecto de la cuantía de la indemnización, el Tribunal aceptó, como daño emergente, el valor dado pericialmente a la casa, de $ 11.280, pero como lucro cesante no reconoció en favor del actor sino el valor fijado por peritos a los arrendamientos de la casa del 19 de noviembre de 1932 al 7 de septiembre de 1933, "fecha en que —dice la sentencia— Aparicio Rey permutó el lote en que ella estaba edificada por otros inmuebles, con el señor Antonio J. Cardona, según los términos de la escritura número 1935 de tal fecha, pasada ante el Notario cuarto de este Circuito".

"Y tiene que ser esa la fecha —agrega—, pues según la cláusula octava de la escritura, ese día entregó materialmente el lote Rey a Cardona, de modo que dejó de poseerlo materialmente, y por tanto, de gozarlo."

El recurso.

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación ambas partes, recurso que hoy se decide por haber llegado la oportunidad de hacerlo.

El apoderado del actor, invocando el artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia "por violación de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea; por error de hecho y de derecho, y como consecuencia, de falta de apreciación de las pruebas producidas en el juicio y errónea interpretación de ellas".

La acusación la divide en tres cargos, que en realidad sólo constituyen uno, y a través de ellos considera violados los artículos 1613, 1614, 1615, 1626, 1627, 2341, 2356 y 2357 del Código Civil, y 661 y 721 del Código Judicial.

Sostiene el recurrente que como el Tribunal no reconoció, como lucro cesante, el valor que fijaron los peritos a los arrendamientos de la casa durante todo el término demandado, la indemnización no es completa o en su integridad, sino recortada o a medias, y por ello se violaron las disposiciones citadas.

Agrega que por el mismo hecho se violaron los artículos 661 y 721 del Código Judicial, porque el peritazgo había sido aceptado como explicado y debidamente fundamentado, y al no decretar como indemnización el monto fijado por los peritos, se desconoce el dictamen de ellos, sin razón ni derecho para hacerlo.

Dice, por último, que el Tribunal incurrió en error aritmético al computar el valor de los arrendamientos de diez y ocho días, que no valen $ 59.94 como lo asevera la sentencia, sino $ 60. Es decir, hay una diferencia de $ 0.06.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, representante del Municipio, acusa la sentencia por "ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa y por interpretación errónea del artículo 2358 del Código Civil".

"Estimo —dice— que la acción intentada por el doctor Aparicio Rey se halla prescrita y que, por tanto, ha debido prosperar la excepción de prescripción que, fundada en la disposición citada, propuso oportunamente el representante del Municipio de Bogotá."

En desarrollo de este cargo, que es el único que formula, el señor Procurador Delegado hace una extensa exposición tendiente a demostrar que la responsabilidad del Municipio es realmente indirecta y no directa, por lo cual la acción se halla prescrita, con arreglo a la norma citada.

Estudio de los cargos.

Se considera:

En concepto de la Sala es acertada y jurídica la sentencia del Tribunal, y no pueden por lo mismo, aceptarse los reparos que contra ella se han formulado por las dos partes litigantes.

Respecto de los cargos de la parte demandante, se observa:

Como lo pedido en la demanda original, como lucro cesante, fue el valor de los arrendamientos dejados de recibir, es claro que dicho valor no puede computarse sino hasta cuando el demandante fue dueño del lote en donde estaba construida la casa que destruyó la inundación, pues desde que lo enajenó dejó de gozarlo y desapareció para el demandante totalmente la finca cuyos arrendamientos reclama, y como está plenamente probado en autos que el doctor Rey permutó el inmueble en cuestión, por otros, con el señor Antonio J. Cardona, el 7 de septiembre de 1933, únicamente hasta esa fecha pueden computarse los arrendamientos, como lo hizo el Tribunal. Otra cosa hubiera sido, probablemente, si la petición sobre pago del lucro cesante se hubiera hecho en otra forma, de la indicada fecha en adelante, como, por ejemplo, el reconocimiento de intereses de la cantidad debida por la destrucción de la casa, solicitud que no se hizo, por lo cual dijo el Tribunal en la sentencia:

"Ninguna otra fuente de lucro cesante puede tenerse en cuenta a partir del día de la permuta, pues la demanda circunscribe éste a los cánones dejados de percibir por el actor con motivo de la destrucción de su casa. Si el Tribunal examinara otras fuentes de dicho lucro, caería en decisión *plus-petita,* ya que entraría a decidir sobre puntos no planteados en la demanda."

Tampoco es admisible la tacha consistente en que el Tribunal no tuvo en cuenta el dictamen pericial para fijar la indemnización por el lucro cesante, pues si se ajustó a ese dictamen por lo que hace a los meses durante los cuales reconoció, como lucro cestante, el valor de los arrendamientos respectivos. Es claro que no pudiendo reconocer, por las razones antes indicadas, el valor de esos arrendamientos en el demás tiempo transcurrido, el concepto de los peritos no podía obligar al Tribunal, en esa parte, sin que ello implique desconocimiento del peritazgo, ni violación de los artículos 661 y 721 del Código Judicial.

En lo referente al insignificante error aritmético de seis centavos en que incurrió el Tribunal al hacer el cómputo del valor de los arrendamientos en diez y ocho días, es corregible en cualquier tiempo, por el mismo Tribunal, conforme al artículo 483 del Código Judicial, pero no incide en casación.

Por lo que hace al cargo de violación del artículo 2358 del Código Civil, formulado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, se tiene:

En varios casos iguales al presente, tratándose, precisamente, de indemnizaciones pedidas al Municipio de Bogotá por destrucciones de propiedades, ocasionadas por las inundaciones producidas por el colector del río San Francisco en el año de 1932, ha estudiado la Sala a espacio la responsabilidad del Municipio y la prescripción de las acciones correspondientes, y en todos ellos ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad es directa y no indirecta, y de que, por lo mismo, no es aplicable la prescripción de corto plazo, de que habla el artículo antes citado.

En sentencia del 21 de agosto de 1939, publicada en la *Gaceta Judicial,* tomo 48, a la página 661, se dijo:

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

Y en sentencia del 10 de julio de 1942, publicada en la *Gaceta Judicial,* tomo 54, página 28, se dijo lo siguiente, tomado a su vez del fallo de fecha 19 de agosto de 1941, publicado en el número 1978 de la *Gaceta:*

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

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

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

"1º La acción civil para la reparación del daño procedente del delito o culpa de carácter penal,

de que deben responder los que son juzgables criminalmente por tales hechos, prescribe en el mismo plazo que la acción penal, según la regla especial contenida en el inciso 1º del artículo 2358 del Código Civil, que dice: 'Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal'.

"Se explica tal identificación de los términos de prescripción por considerarse en tal evento la acción civil como accesoria de la penal, y aconsejar superiores motivos de orden público y de organización social, que se evite la anomalía de que una vez transcurrido el término de la prescripción penal, pueda todavía ejercitarse la acción civil contra el autor del hecho.

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

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

Se deduce de todo lo expuesto que no prosperan los cargos formulados contra la sentencia acusada, la cual no debe infirmarse.

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha once de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Perjuicios

El contrato de transporte no es solemne para que pueda pensarse que el billete de porte o conducción es requisito sin el cual el contrato no existe.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Eduardo Vega Orozco demandó a la sociedad La Nueva Flota, Limitada, representada por su Gerente Roberto Uribe U., y a este señor para que solidariamente se les condene a indemnizarle los perjuicios de que adelante se hablará.

Demandó también a otras personas; pero habiendo desistido de su acción contra ellas, el juicio se siguió solamente contra el señor Uribe y la Compañía prenombrada.

La primera instancia cursó en el Juzgado 5º Civil de este Circuito, donde se decidió en sentencia absolutoria de 27 de noviembre de 1942, de que apeló el demandante. La revocó el Tribunal Superior en la de 12 de abril de 1944 que declaró a la empresa civilmente responsable, por culpa contractual, del accidente que ocasionó los aludidos perjuicios y la condenó a indemnizárselos al demandante pagándole lo que como valor de ellos se señale en la ejecución de la sentencia sobre las bases que al efecto ésta traza en su parte motiva.

Se decide ahora, por estar debidamente tramitado, el recurso de casación que contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte demandada.

La prenombrada empresa de transportes tenía en servicio varios vehículos para el 15 de diciembre de 1939 en que uno de ellos, manejado por Reinaldo Martínez, en viaje de Funza a Bogotá, en el sitio de la estación de Funza en que la carretera cruza la carrilera del ferrocarril de Cundinamarca, se volcó causando con esto daños a varios de los pasajeros que llevaba, entre ellos el actual demandante, quien recibió cortadas en los párpados del ojo izquierdo, en la frente y en el pómulo, por obra de las cuales, a más de la incapacidad inmediata, vino a quedar con una lesión permanente en ese ojo.

Estos son los perjuicios sobre cuya indemnización versa el pleito.

Planteada por la demanda ante todo la[0] cuestión de la culpa contractual, a esta luz estudió el Tribunal el caso y llegó a la conclusión condenatoria antedicha en vista de que la sociedad demandada es una empresa de transportes, de que Vega Orozco era pasajero en uno de los vehículos de ella manejado por empleado de ella, de que ocurrió el referido accidente, de que éste se debió a culpa del conductor y de que Vega sufrió las lesiones de que se queja.

Se acusa por error en la apreciación de las pruebas, principalmente porque las aducidas no acreditan, según el recurrente, ni la celebración de un contrato de transporte, ni la culpa del conductor ni las lesiones del demandante. De ahí el cargo de quebranto de los artículos 320 y 322 del Código de Comercio.

Según aquél, "los billetes de asiento o aposentamiento justifican el contrato cuando se refiere a la conducción de personas"; y según éste es obligación de los empresarios "dar a los pasajeros billetes de asiento o aposentamiento". El cargo se funda en la falta de tal billete.

Es inadmisible por varias razones. En primer lugar, el contrato de transporte no es solemne. Esas disposiciones no erigen el billete en requisito sin el cual el contrato no existe. El artículo 266 de ese Código admite como medios probatorios todos los establecidos en el mismo y en el judicial. Además, en los contratos de adhesión y muy particularmente en los de la clase del de que se trata aquí, en que, dadas sus circunstancias, no puede admitirse negación del pasajero sobre que ha solicitado y obtenido el servicio del vehículo que lo conduce, ni negación del respectivo empleado de que ha admitido a ese pasajero para conducirlo, no cabe la negación del uno o del otro sobre que no ha habido contrato. Vega Orozco iba en un bus de esa empresa conducido por empleado de ella, camino de Funza a Bogotá, como pasajero. Ante estos hechos tan sencillos como decisivos, no cabe decir que no hubiera contrato de transporte; ni menos cabría negarlo porque en el expediente no aparezca la materialidad del tiquete o billete de aposentamiento.

De otro lado, ese mismo artículo 322 impone al empresario la obligación de "indemnizar a

los pasajeros el daño que sufrieren en sus personas por vicio del carruaje, por su culpa, la de los conductores o postillones". La sociedad demandada es un empresario de transporte, y Vega Orozco pasajero en un carruaje de ella conducido por su empleado Reinaldo Martínez. Cuanto a la culpa de éste en el accidente, obran en el proceso en copia legal el auto de proceder dictado por el Juez y confirmado por el Tribunal contra Martínez por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito a Eduardo Vega Orozco y otros, y la sentencia definitiva, reformada la del Juzgado por el Tribunal en lo tocante a la pena, pero confirmada en cuanto a la condenación, en sí, por ese delito.

Y en cuanto a las lesiones sufridas por Vega, figura en el proceso el concepto médico legal de los facultativos que lo reconocieron y le fijaron veinte días de incapacidad, dejando pendiente examen ulterior sobre la calidad de aquéllas, y obra el concepto de los mismos en que las califican de permanentes y las discriminan.

De otro lado, obran declaraciones de testigos sobre el accidente y sobre el hecho de que fue en él y por él como sufrió Vega esas lesiones.

El recurrente echa menos la prueba del buen estado de salud y capacidad para el trabajo en que se hallara Vega antes del accidente, como punto de comparación indispensable en el sentido de conceptuar que esas lesiones lo han perjudicado. Inaceptable ese razonamiento. El estado normal se presume y, por tanto, cualquiera circunstancia distinta del accidente a que se atribuyan las lesiones debe probarla quien la alegue, así como debe probarla si sólo fue un concurrente a agravar el desastre, porque son, en sus casos, causas extrañas que sirven de excepción para evitar o atenuar la responsabilidad. Aquí ninguna causa extraña se ha comprobado.

Se ha alegado el caso fortuito, dando por tal la aproximación de un tren cuando el bus iba a atravesar la carrilera. De ahí se ha pretendido deducir celo y acucia en Martínez que, cabalmente para esquivar el choque, aceleró la marcha. Por estas consideraciones se dan por quebrantados los artículos 1604 y 1609 del Código Civil.

Este cargo tampoco puede prosperar. Si la persona que sufre un daño tuviera que hacerse examinar previamente *ad hoc* para preconstituir la prueba del estado de su organismo como requisito para exigir indemnización, ello significaría prácticamente la abrogación de las disposiciones legales que la amparan y que la autorizan para demandar reparación, ya que a nadie puede exigirse que adivine el accidente de que va a ser víctima y hasta los órganos que le lesione y que, así las cosas, a sabiendas afronte ese peligro.

El conductor Martínez debió disminuír la velocidad de su vehículo al acercarse al sitio referido, de peligrosidad que a nadie se oculta y que por su oficio él estaba obligado a conocer y tener en cuenta, y aun ha debido parar allí mientras daba paso al tren que se acercaba o mientras se cercioraba de que no había tren por pasar en ese momento. Su conducta fue imprudente y hasta delictuosa, según las referidas providencias judiciales de las autoridades en lo penal que, obrando en copia legal en el proceso, mal habría hecho el Tribunal en no estimar como corresponde a su calidad y a su valor probatorio.

Habiendo faltado la empresa por medio de empleado suyo a sus obligaciones de transportador, la indemnización de las lesiones causadas por el incumplimiento de la principal de ellas, nacida del contrato de transporte, es obvia y forzosa consecuencia de las disposiciones legales relativas a ese contrato y a los contratos en general.

Debe advertirse que el demandante pidió indemnización de perjuicios materiales y morales, y que la de estos últimos la negó el Tribunal; y que éste no condenó sino a la empresa, dejando de condenar a la persona del señor Uribe que también fue demandado. Como sólo la parte demandada es recurrente, estos importantes detalles no pueden considerarse materia del recurso, dado lo que dispone el artículo 494 del Código Judicial.

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 en este juicio, el doce de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Acción petitoria de pago de una suma de pesos

El artículo 39 del Código de Comercio no puede aplicarse en forma mecánica, sin discriminación de ninguna especie, sino que, como otras normas similares, debe fundarse en un criterio analítico. Así, por ejemplo, como lo tiene establecido esta corporación, para aplicar la sanción que establece el artículo 351 del Código Judicial por el no suministro de papel, es necesario un requerimiento previo, aunque la ley no lo establece. Analizada detenidamente la norma del artículo 39 del Código de Comercio, se llega a la conclusión de que la sanción que ella indica no puede imponerse en primer término sino mediante la acción exhibitoria correspondiente y esto lo corroboran los artículos 56 y 57 de la misma obra. Pueden presentarse los libros sin que se haga uso de esa acción, pero ya no por orden judicial, sino por voluntad de los comerciantes, partes en el juicio, y éste es el principio en que se funda el artículo 45 de la obra citada. La exhibición de los libros de un comerciante está limitada a los asientos que tengan relación necesaria con la cuestión que se agita y a la inspección precisa para establecer el hecho o la prueba que pretende obtener quien la pide, es limitativa y taxativa según el texto claro del artículo 57 del Código de Comercio. Cuando un comerciante exhibe voluntariamente sus libros y el otro no procede así, el Tribunal puede fundar su resolución sobre esos hechos, atendidas las circunstancias del caso (artículo 45 ibídem), y ésta es una norma meramente potestativa. Cuando se trata de la acción exhibitoria y fallada ésta, el comerciante no exhibe sus libros o los oculta, o resulta que no los ha llevado todos o no los ha llevado debidamente, se imponen las sanciones del artículo 39 citado, entre otras la de ser juzgado por los asientos de los libros de su contendor. Pero esta sanción no puede imponerse sino cuando ha precedido la acción exhibitoria. Esa sanción debe ser conforme o relativa a la intención predominante de quien solicitó la exhibición y de acuerdo con los hechos que intentó demostrar mediante ella.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

El 26 de octubre de 1939 la Litografía Barranquilla, Sociedad anónima, presentó, por medio de apoderado, demanda ordinaria ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de aquella ciudad, contra Emiliani, Senior, & Co., S. en C. (Almacén Emiliani), representada por José Antonio Emiliani, en su carácter de liquidador de esa sociedad, y contra este señor personalmente, demanda en la cual se impetraron las siguientes declaraciones:

Primera. "Que Almacén Emiliani, Emiliani, Senior & Co., S. en C., es deudor a plazo vencido de Litografía Barranquilla, Sociedad anónima, y debe pagar a ésta la suma de cinco mil ciento treinta y ocho pesos con sesenta centavos ($ 5.138.60) moneda corriente, suma ésta proveniente de trabajos hechos en los talleres de Litografía Barranquilla, Sociedad anónima, en esta ciudad, por orden y cuenta de dicha Sociedad en comandita, relacionados con la Lotería de Beneficencia del Magdalena, de la cual eran concesionarios dichos señores."

Segunda. "Que el señor José Antonio Emiliani, socio comanditario de Almacén Emiliani, Emiliani, Senior & Co., S. en C., es solidariamente responsable con la Sociedad mencionada, porque voluntariamente se hizo responsable de la gestión de ella e hizo actos de gestión, de todas las deudas de la Sociedad, antes y después de haber hecho dichos actos de gestión."

Tercera. "Que la Sociedad en comandita mencionada y el señor José Antonio Emiliani son deudores de Litografía Barranquilla, sociedad anónima, por la suma de cinco mil ciento treinta y ocho pesos con sesenta centavos ($ 5.138.60) moneda corriente, solidariamente, mas los intereses de ella, desde su exigibilidad hasta que se verifique el pago, los gastos de este juicio y los honorarios del abogado."

Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

La Sociedad demandada ordenó a la Litografía Barranquilla hacer la impresión litográfica de los billetes correspondientes a varios sorteos

de la Lotería de Beneficencia del Magdalena, de que era concesionaria, impresión que debería hacerse en las condiciones detalladas en la demanda. La Litografía ejecutó el trabajo encomendado casi en su totalidad; entregó buena parte de él y puso el resto a disposición de la Sociedad ordenadora, la cual se negó a recibirlo por haber entrado en liquidación. Como consecuencia de todo ello, quedó a cargo de dicha Sociedad y a favor de la Litografía el saldo de ($ 5.138.60 sobre que versa el juicio.

El señor José Antonio Emiliani, al regresar de un viaje al Exterior, procedió a tomar por sí mismo la administración y personería jurídica de la Sociedad en comandita referida y lo comunicó así a todas las agencias de la Lotería de Beneficencia del Magdalena, en circular fechada el 25 de mayo de 1938, haciendo de esta manera franca y abiertamente actos de gestión.

El señor Emiliani contestó la demanda, en su doble carácter indicado, oponiéndose a la acción intentada y negando la mayor parte de los hechos en que se apoya. Propuso, además, varias excepciones perentorias.

El negocio se decidió en primera instancia por sentencia de 19 de agosto de 1940, cuya parte resolutiva dice:

"Declárense no probadas las excepciones de nulidad, prescripción, inexistencia de la obligación y falta de acción para pedir, propuestas por la parte demandada.

"El señor José Antonio Emiliani es solidariamente responsable con la Sociedad Emiliani, Senior & Co., S. en C., de la deuda a cargo de esta Sociedad y a favor de la Litografía Barranquilla, S. A., por concepto de impresión y emisión de cédulas de la Lotería del Magdalena.

"En consecuencia, condénase a la Sociedad Emiliani, Senior & Co., S. en C., de esta plaza, representada por su liquidador, señor José Antonio Emiliani, personalmente, a pagar a la Sociedad Litografía Barranquilla, S. A., también de este comercio y representada por el doctor Benjamín J. Moreno en este juicio, la suma de cinco mil ciento treinta y ocho pesos, sesenta centavos ($ 5.138.60) moneda corriente, más los intereses legales de tal suma.

"Condénase en costas a la parte vencida."

En virtud de apelación interpuesta por la parte demandada, subió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, entidad que, una vez agotada la actuación correspondiente al segundo grado, pronunció el fallo de fecha 20 de junio de 1942, que en lo pertinente reza:

"Declara no probadas las excepciones perentorias propuestas de nulidad, prescripción, inexistencia de la obligación y falta de acción para pedir.

"El señor José Antonio Emiliani es solidariamente responsable con la Sociedad Almacén Emiliani, Emiliani, Senior & Co., S. en C., de esta plaza, de la deuda a cargo de esta Sociedad y a favor de Litografía Barranquilla, S. A., también de este vecindario.

"En consecuencia, se condena a la Sociedad Almacén Emiliani, Emiliani, Senior & Co., S. en C., de esta plaza, y al socio comanditario señor José Antonio Emiliani, personalmente, a pagar a la Sociedad Litografía Barranquilla, S. A., de este vecindario y comercio, la suma que valga la impresión de las ediciones o cantidades de cédulas o billetes de la Lotería de Beneficencia del Magdalena, ordenadas hacer por la primera y entregadas por la segunda, más los intereses legales de la suma que resulte deberse desde que se hizo exigible la obligación demandada, hasta el día del pago. El monto será fijado en juicio aparte, o al momento de ejecutarse el fallo, conforme al artículo 553 del Código Judicial. Se condena, además, al señor José Antonio Emiliani, a una multa de cien pesos moneda legal, a favor del Tesoro Nacional, por la ocultación del libro copiador de cartas, cuya exhibición fue pedida por la contraparte.

"En este sentido se reforma la sentencia apelada."

El juzgador de primer grado encontró demostrados los hechos fundamentales de la demanda y condenó a la Sociedad demandada de acuerdo con las peticiones formuladas en aquélla.

El Tribunal consideró que no se halla debidamente comprobado el monto de la deuda, porque le pareció deficiente el dato que arrojó la inspección ocular practicada en los libros de la Sociedad demandante, y por ello hizo una condenación en abstracto. Sobre el particular dice la sentencia:

"De lo dicho por el inferior sólo queda en pie el resultado de la inspección ocular practicada en los libros de la Sociedad demandante, en donde se dejó esta constancia: 'Tanto en el Mayor como en los libros auxiliares del Mayor que se han tenido a la vista, el señor Juez y los peritos constatan que el saldo a favor de Litografía Barranquilla, S. A. y a cargo de Almacén Emiliani, Emiliani, Senior & Co., S. en C., era en 30 de junio de 1938 de cinco mil trescientos diez y ocho pesos con sesenta centavos moneda corriente ($ 5.318.60)'."

"Sabido es el valor que tienen los libros de comercio en las causas mercantiles que los comerciantes agitan entre sí. Pero si se piensa en que han de ser *los libros*, no uno solo, pues los asientos respectivos han debido quedar principalmente en el libro Diario, donde han de registrarse todas las operaciones día a día y en orden cronológico, tiene mayor cabida la duda,

Mayor orientación se encontraría si se hubieran transcrito los asientos respectivos, pues la constancia, tal como se vio es muy escueta. Se tiene en cuenta, además, que aunque viene demostrado que la entidad demandada ordenó la impresión de las cédulas o billetes, no se conoce el monto de las emisiones, ni el importe ajustado del trabajo, pues también se desconoce plenamente cuál fue la cantidad entregada, cuál el trabajo ejecutado, amén de la forma en que se obligaron las partes en el contrato."

El recurso.

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación ambas partes, el que se decide hoy por haber llegado la oportunidad de hacerlo.

La parte demandante-recurrente acusa la sentencia por ser violatoria de la ley sustantiva, por haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas y por considerar que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Indica como violados los artículos 2053, 2056 y 2062 del Código Civil, y 34, 35, 39, 43, 45, 48, 52, 247 y 547 del Código de Comercio.

La incongruencia la hace consistir en que no se condenó a la Sociedad demandada de acuerdo con lo ordenado en el inciso final del artículo 39 del Código de Comercio, no obstante haberse demostrado ser el caso de hacerlo, y en que sólo se condenó a la misma Sociedad a pagar una multa de $ 100, cuando ha debido ser de $ 200, o más, con arreglo al citado artículo 39.

El apoderado de la parte demandada-recurrente la acusa, a su vez, de ser violatoria de la ley sustantiva y de haber incurrido en los errores de hecho y de derecho que indica. Formula contra ella nueve cargos, en el desarrollo de los cuales señala como violados los siguientes artículos: 1494, 1495, 1502, 1503, 1504, 1506, 1517, 1518, 1605, 1609, 1761, 1849, 1850, 1857, 1864, 1865, 1880, 1882, 1884, 1891, 1929, 2053, 2079, 2087, 2162 y 2454 del Código Civil; 20, 22, 39, 43, 50, 51, 482, 489, 490, 512, 527, 541, 542, 598, 606, 607 y 609 del Código de Comercio; 471, 481 y 637 del Código Judicial, y 2º de la Ley 26 de 1922.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Recurso del demandado recurrente.

Es del caso y por vía de método, estudiar en primer término el recurso de la parte demandada recurrente, porque él se encamina a obtener la casación total del fallo, al paso que el recurso de la parte actora tiene como finalidad obtener la reforma del fallo de acuerdo con las peticiones de la demanda.

Los ocho primeros cargos que hace la parte demandada recurrente, deben estudiarse en conjunto, porque en definitiva están basados en un mismo concepto o sea, que no está demostrado el contrato sobre impresión de billetes celebrado entre la Litografía Barranquilla y la Sociedad Emiliani, Senior & Co. y que al dar por establecido tal pacto, el Tribunal incidió en los errores de hecho y de derecho que señala el recurrente.

El fallador de Barranquilla partió de la existencia de ese contrato; lo halló establecido en los autos, y lo que no encontró plenamente acreditado fue el monto de las ediciones impresas de esos billetes ni el valor de éstas, y por lo tanto al respecto hizo la condenación en abstracto para que por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial se establecieran esos extremos.

Para la Corte existe plenamente demostrado en los autos el contrato que ha dado origen a este pleito y considera que al llegar a esta misma conclusión el Tribunal no incidió en error de hecho ni de derecho, puesto que no dejó de estudiar ni apreciar ninguna de las pruebas que al respecto existen en los autos, ni le dio a ninguna de ellas una valoración distinta de la que legalmente le corresponde.

Para demostrar el aserto anterior, basta a la Corte referirse a los siguientes elementos probatorios que existen en los autos.

I—Una carta del 21 de septiembre de 1937, suscrita por el señor C. A. Senior, Gerente de Emiliani, Senior & Co., S. en C., y dirigida al Gerente de la Litografía Barranquilla, en que le dice:

"De conformidad con el convenio personal de hoy sobre la hechura de los billetes de la Lotería de Beneficencia del Magdalena, de la cual somos administradores, nos permitimos ordenarle la ejecución del trabajo, de acuerdo con el modelo adjunto, en la siguiente forma:

"18 ediciones de 10.000 billetes cada una, divididos en décimos, con su respectivo talón, a razón de $ 150 por edición.

"El pago de dichas ediciones lo efectuaremos por entregas que usted nos vaya haciendo, según lo convenido." (Cuaderno número 5, folio 5).

II—Una carta fechada el 14 de febrero de 1938, dirigida a la Litografía Barranquilla y suscrita "Lotería del Magdalena—Emiliani, Senior, & Co., S. en C., *M. Vives Pérez*", en que se le dice: "Esperamos que usted se sirva ordenar a quien corresponda la impresión litográfica de doce (12) sorteos de la Lotería de Beneficencia del Magdalena, cada sorteo con diez mil (10.000) cédulas o billetes divididos en diez (10) décimos o fracciones numeradas ordinariamente del 0000 al 9999, y en orden cronológico, desde el miércoles 13 de abril hasta el 29 de junio del pre-

sente año, según detallamos a continuación... Total: 12 sorteos de 10.000 billetes cada uno, por valor de un mil ochocientos pesos moneda legal ($ 1.800). El valor anterior se servirá usted cargárnoslo en cuenta." (Cuaderno número 1, folio 11).

III—Otra carta de fecha 26 de marzo de 1938, para la Litografía Barranquilla, escrita en papel timbrado de "Almacén Emiliani, Emiliani, Senior & Co., S. en C.", y suscrita "Lotería de Beneficencia del Magdalena—Administración Delegada, *M. Vives Pérez*", que en lo pertinente reza: "La presente, para pedir a usted se sirva ordenar a quien corresponda la impresión litográfica de 24 emisiones o sorteos de la Lotería de Beneficencia del Magdalena, cada uno con diez mil cédulas o billetes divididos en veinte (20) fracciones o vigésimos; dichos sorteos numerados de 0000 al 9999 cada uno y en orden cronológico desde el miércoles 6 de julio hasta el 14 de diciembre del presente año, según detallamos a continuación:.... Total: 24 sorteos de 10.000 billetes, divididos éstos en vigésimos, por un valor de $ 200 cada uno, $ 4.800."

Como se ve, en la primera de las cartas citadas, suscrita por el propio Gerente de Emiliani, Senior & Co., S. en C., señor Carlos A. Senior, y reconocida por él como auténtica y exacta en todas sus partes, se confirma y ratifica el convenio verbal celebrado por dicho Gerente con la Litografía Barranquilla y se especifican claramente los términos del contrato, o sea la cantidad de billetes que debían imprimirse, las determinaciones que debían llevar, el precio y las condiciones de pago, todo lo cual significa que el contrato quedó perfeccionado. Las otras dos cartas a que se ha hecho referencia no son sino órdenes para la Litografía sobre nuevas ediciones de billetes, dadas por la Sociedad demandada, en desarrollo del convenio o contrato ya celebrado, y adviértase que en ellas se dan también las especificaciones correspondientes.

Alegan los representantes de la Sociedad demandada que las dos últimas cartas de que se ha venido hablando no están suscritas por el Gerente de ella, ni por persona autorizada legalmente para representarla. Se contesta que aparecen firmadas por el señor M. Vives Pérez, persona de confianza y alto empleado de Emiliani, Senior & Co., S. en C., a cuyo cargo estaba todo lo relacionado con la administración de la Lotería de Beneficencia del Magdalena, y quien dice que era consentido que él podía reemplazar al Gerente, señor Carlos A. Senior, cuando fuera necesario, lo que está indicando que tenía el carácter evidente de *factor* de la Sociedad, con facultad suficiente para obligarla, como lo disponen los artículos 436 y 437 del Código de Comercio. Agrégase a todo ello que el señor Vives Pérez gozaba de tánta confianza, no sólo de la Sociedad, sino del señor José Antonio Emiliani, que éste, una vez nombrado liquidador de aquélla, le confirió un poder amplísimo para que verificara la liquidación, poder que obra en autos. Además, y esto es decisivo, el señor Carlos A. Senior, Gerente que fue de la Sociedad demandada, declaró el 4 de abril de 1940 (folio 9 del cuaderno de pruebas número 5): "Sí me consta que el día 14 de febrero de 1938 Almacén Emiliani, Emiliani Senior & Co., S. en C., ordenó a Litografía Barranquilla la confección de doce ediciones de billetes, de 10.000 billetes cada emisión y que corresponden a los sorteos números 19 al 30, desde el 13 de abril de 1938 hasta el 29 de junio del mismo año. Lo anterior me consta por la orden firmada por el señor Miguel Vives Pérez, encargado de la Sección de Lotería, y también porque en mi calidad de socio le ordené que hiciera ese pedido a la Litografía Barranquilla....." "Sí es cierto y me consta que Almacén Emiliani, Emiliani, Senior & Co., S. en C., ordenó a la Litografía Barranquilla confeccionara veinticuatro (24) ediciones de billetes de la Lotería del Magdalena, correspondientes a los sorteos número 31, de 6 de julio de 1938, al número 54, de 14 de diciembre del mismo año. Tales billetes, como lo dije, eran de la Lotería del Magdalena, de la cual Almacén Emiliani, Emiliani, Senior & Co., S. en C., eran concesionarios. Esto me consta por las mismas razones que di en mi respuesta anterior".... "Respecto al hecho que se hace constar en esta pregunta, no estoy en condiciones de afirmar con precisión la cuantía del valor de las ediciones ordenadas imprimir para los billetes de la Lotería del Magdalena, pero sí sé que Almacén Emiliani, Emiliani, Senior & Co., S. en C., es deudor de la Litografía Barranquilla en razón de los trabajos de billetes que le ordenó confeccionar."

De lo expuesto hasta aquí se deduce que con los elementos probatorios que se acaban de estudiar, se halla plenamente demostrado en el juicio que la Sociedad demandada celebró un contrato con la demandante, con las especificaciones necesarias, en virtud del cual ésta ordenó a aquélla imprimir y litografiar los billetes indispensables para varios sorteos de la Lotería de Beneficencia del Magdalena, por valor total de $ 9.300.

No resulta demostrado, con igual claridad y precisión, el monto del trabajo ejecutado, ni la cuantía de billetes entregados, ni sus respectivos valores, porque acaso por inadvertencia o descuido del personero de la Sociedad demandante no se determinaron debidamente esos extremos en la inspección ocular verificada al efecto en el término probatorio de la primera instancia, ni por medio de otras pruebas.

La anterior relación de pruebas y su análisis, demuestran que el Tribunal de Barranquilla no

erró al pronunciarse sobre la existencia del contrato, lo cual quiere decir que los cargos hechos por el recurrente demandado no pueden prosperar.

Recurso del demandante recurrente.

Fundado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, hace dos cargos a la sentencia. Es el primero el de violación del artículo 2053 del Código Civil y el segundo, el de infracción de los artículos 34, 35, 39, 43, 45, 48 y 52 del Código de Comercio.

Estima el recurrente, en el primer cargo, que la sentencia viola el artículo 2053 del Código Civil, porque habiendo celebrado entre la Sociedad demandante y la demandada un contrato para la confección de una obra material, éste se equipara al de venta, de donde deduce que lo que debe la Sociedad demandada es el valor del trabajo ejecutado y no el valor de la impresión de los billetes.

Se considera en primer término que como el mismo apoderado de la parte demandante lo comprende, no está demostrado plenamente si la obra se ejecutó totalmente o nó. Por eso dice así en su demanda: "De autos consta que Litografía Barranquilla entregó a los demandados, a satisfacción de éstos, por lo menos parte de los billetes ordenados, y si no alcanzó a entregarles el resto o completo de ellos, fue porque los demandados entraron en liquidación y no se presentron a recibirlos, ni pagaron las facturas que se les pasaron; pero consta que el saldo de los billetes ordenados o por lo menos una gran cantidad de billetes correspondientes a la Lotería del Magdalena, quedó a disposición de los demandados."

En segundo término se observa que todo contrato se interpreta, no sólo atendiendo a la intención claramente expresada por los contratantes, sino por el modo como de común acuerdo haya sido ejecutado. (Artículos 1618, 1621 del Código Civil). De las cartas transcritas en este mismo fallo aparece con toda claridad que la compañía demandada iba haciendo abonos a la demandante por el valor de los billetes, a medida que ordenaba las ediciones y se le entregaban. No fue, pues, un solo convenio por un total de billetes, sino en realidad una serie de contratos correspondientes a las ediciones de los sucesivos sorteos y así a cada contrato correspondía cierta cantidad. Y se comprende que así tenía que ser, dada la misma naturaleza del negocio. Aun cuando el artífice, la Litografía Barranquilla, suministraba la materia prima para la confección de la obra material, cada contrato no podía perfeccionarse sino por la aprobación del que ordenó la obra, y la prueba de esa aprobación para todo el total de los billetes que debían imprimirse, no aparece en autos. Y es claro lo anterior, porque podría muy bien suceder que una empresa de litografía que hubiera editado billetes para uno o varios sorteos, hiciera, para un sorteo posterior, una edición que quien la ordenó, no la aceptara, ya por defectos de impresión, por error en la fecha, o por mala calidad del papel. No es lo mismo, y valga como ejemplo, contratar con una empresa de litografía una edición determinada de billetes, para un solo caso, para un solo sorteo, que hacer el contrato para una serie, casi indefinida de sorteos. En el primer caso, entregada la edición y aprobada por quien la ordenó, queda cumplida la obligación del artífice; en el segundo, esa obligación va quedando cumplida sucesivamente, es decir, que a cada entrega, debe preceder la aprobación de quien ordenó la obra.

De modo que, consideradas así las cosas, el artículo 2053 del Código Civil no tiene la incidencia que en el caso de este pleito le asigna el demandante recurrente, de donde su acusación por ese extremo no puede prosperar.

En cuanto al segundo cargo, en el que se sostiene que fueron violados varios artículos del Código de Comercio, estima la Corte que el que al respecto tiene incidencia en el caso de este pleito y por referirse a él de una manera directa el fallo acusado es el 39 de dicha obra, y por eso el estudio del cargo debe referirse a esa norma.

La parte demandante presentó algunos de sus libros de contabilidad, no todos, a saber: el Libro Mayor Oficial y los libros auxiliares de cuentas corrientes. En vista de esos libros, los peritos constataron que el saldo a favor de la Compañía demandante y en contra de los demandados era el 30 de junio de 1938, de $ 5.318.60 (folios 3 del cuaderno número 4).

A la Compañía demandada no se le pidió la exhibición de todos sus libros de contabilidad, sino únicamente la exhibición de su libro de correspondencia, y esa petición se hizo, no para establecer el saldo contra la Compañía sino para constatar o demostrar si la entidad demandada ordenó a la demandante la impresión de determinado número de billetes de la lotería. Es muy clara la petición al respecto, que corre al folio 1º del cuaderno número 6 y que en lo pertinente dice: "Como parte de las pruebas que me toca aducir en mi calidad de personero de los demandantes, atentamente pido a usted que con citación contraria y con anuencia de peritos que serán nombrados en la forma legal, se ordene la práctica de una inspección ocular en el libro copiador de oficios de "Almacén Emiliani, Emiliani, Senior & Co., S. en C., en liq." o en cualquier otro libro pertinente al efecto, para que conste si en 14 de febrero de 1938 y 26 de marzo del mismo año, la entidad demandada ordenó

a Litografía Barranquilla la impresión y litografía de determinado número de billetes de la Lotería del Magdalena, de la cual los demandados eran sus concesionarios."

La diligencia de exhibición se decretó y se llevó a cabo sobre el pie de lo pedido, y por eso, como puede verse en ella (fojas 5 del cuaderno número 6), sólo se le pidió al liquidador apoderado de los demandados que mostrara a los peritos el libro copiador de oficios o cualquier otro libro pertinente al efecto, o sea, cualquier otro libro tendiente a demostrar la orden de impresión de los billetes en las fechas determinadas en la petición. Por no haber sido presentada la correspondencia, no se pudo verificar la diligencia.

Planteada así la cuestión de hecho, debe averiguarse si el artículo 39 del Código de Comercio es aplicable como sanción al caso de este pleito.

Estima la Corte que dicha norma no puede aplicarse en forma mecánica, sin discriminación de ninguna especie, sino que su aplicación, como la de otras normas similares, debe fundarse en un criterio analítico. Así, por ejemplo, como lo tiene establecido esta corporación, para aplicar la sanción que establece el artículo 351 del Código Judicial por el no suministro de papel es necesario un requerimiento previo, aunque la ley no lo establece. Analizada detenidamente la norma del artículo 39 del Código de Comercio, se llega a la conclusión de que la sanción que ella indica no puede imponerse en primer término sino mediante la acción exhibitoria correspondiente y esto lo corroboran los artículos 56 y 57 de la misma obra. Pueden presentarse los libros sin que se haga uso de esa acción, pero ya no por orden judicial, sino por voluntad de los comerciantes, partes en el juicio, y éste es el principio en que se funda el artículo 45 de la obra citada.

En el caso de autos, una de las partes, la demandante, presentó sus libros; la demandada no lo hizo así y la diligencia sobre exhibición de sus libros de correspondencia, no fue la culminación de un incidente sobre acción exhibitoria. No obsta que el Tribunal hubiera decretado por un simple auto esa exhibición, porque ese procedimiento irregular, omisión de formalidades esenciales que tienden a garantizar a los comerciantes y también a garantizar el sigilo y reserva que deben tener sus libros, no puede trocarse en una sanción, como la establecida por el artículo 39. Una simple reflexión convence de lo anterior: Los tribunales no pueden ordenar de oficio ni a instancia de parte la exhibición y el reconocimiento general de los libros, salvo en los casos de sucesión universal, liquidación de sociedades legales o convencionales y quiebras (artículo 56), y por eso la exhibición es por regla general parcial (artículo 57). Si un Tribunal o un Juez ordenara por un simple auto la presentación de todos los libros, esa orden que contraría y viola los artículos 56 y 57 citados, orden ilegal, no podría tener la trascendencia de repercutir sobre el artículo 39, para imponer las sanciones establecidas en éste.

La exhibición de los libros de un comerciante está limitada a los asientos que tengan relación necesaria con la cuestión que se agitare y a la inspección precisa para establecer el hecho o la prueba que pretende obtener quien la pide, es limitativa y taxativa según el texto claro del artículo 57 del Código de Comercio.

Cuando un comerciante exhibe voluntariamente sus libros y el otro no procede así, el Tribunal puede fundar su resolución sobre esos hechos, atendidas las circunstancias del caso (artículo 45 ibidem), y ésta es una norma meramente potestativa. Cuando se trata de la acción exhibitoria y, fallada ésta, el comerciante no exhibe sus libros o los oculta, o resulta que no los ha llevado todos o no los ha llevado debidamente, se imponen las sanciones del artículo 39 de la obra citada, entre otras la de ser juzgado por los asientos de los libros de su contendor.

Pero esta sanción no puede imponerse sino cuando ha precedido la acción exhibitoria, tanto por lo ya expuesto, como por lo que sigue: Los artículos 39, 56 y 57 del Código de Comercio hablan de la exhibición de los libros y como el Código de Comercio no tiene establecida la acción exhibitoria, ha de entenderse que ella es la consagrada en el Código de Procedimiento, o sea, que la exhibición que decreta un Juez de los libros de un comerciante, debe verificarse por los trámites consagrados por la Ley procedimental para la acción exhibitoria, porque esa ley es la que reglamenta los procedimientos en los juicios entre comerciantes, cuando el Código de Comercio no dispone otra cosa. Por eso el artículo 8º del Código de Comercio, que figura en el título preliminar, donde se sientan ciertas reglas generales, preceptúa lo siguiente: "El presente Código sustantivo se aplicará según las disposiciones del Código Judicial, como en éste último se previene". Y la anterior ha sido la interpretación de la Corte. En auto de 20 de mayo de 1902 (*Gaceta Judicial*, tomo XV, pág. 317, Jurisprudencia de la Corte número 2311, tomo I, pág. 544) dijo lo siguiente: "Los casos y las formalidades de la ley, para el examen de los libros de un comerciante están determinados en los artículos 55, 56 y 57 del Código de Comercio, y en algunas de las disposiciones del parágrafo 3º del capítulo V, del Título I, Libro II del Código Judicial; disposiciones todas que atienden a la garantía constitucional del respeto que merecen los documentos privados y a la consideración

de que el secreto en las operaciones mercantiles es de ordinario indispensable para no comprometer el buen éxito de ellas". Observa la Corte que el parágrafo 3º del Capítulo 5º, Título 1º del Libro 2º del Código Judicial, vigente cuando se dictó el auto cuya parte pertinente acaba de transcribirse, era el que establecía la acción exhibitoria y su tramitación, y el que corresponde al Capítulo II del Código Judicial vigente, que establece y fija la tramitación de la acción exhibitoria, guardando una notable similitud con el anterior Código, especialmente en el modo de tramitarla, por articulación (artículo 393 del Código antiguo y artículo 299 del Código vigente).

Y lo anterior se funda en el principio de la reserva relativa que deben tener los libros de comercio, que no pueden estar al alcance de todos y que el mismo Juez no puede ordenar sean exhibidos sino en los casos y por el procedimiento establecido por la ley. Tan cierto es lo anterior que ni los mismos accionistas tienen acceso ilimitado e irrestricto a esos libros y por eso el artículo 587 del Código de Comercio preceptúa que los accionistas no podrán examinar la contabilidad de la administración, sino en el término que indica la parte final del artículo precedente, o en la época y forma que lo permitan los estatutos y el artículo 586 dispone que el balance, inventario, actas y demás piezas justificativas de la memoria, serán depositadas en la oficina de la administración, ocho días antes del señalado para la reunión de la asamblea general. Refiriéndose a este principio, el doctor Moreno Jaramillo en su obra "Sociedades", tomo II, página 447 se expresa así: "Caso de un litigio con accionistas o con extraños habría que tener en cuenta, además, estas reglas probatorias y de procedimiento: a) Se prohibe hacer pesquisas de oficio para inquirir si los comerciantes tienen o nó libros, o si éstos están o nó arreglados a las prescripciones legales (artículo 55 del Código de Comercio)..... c) La exhibición parcial de los libros de alguno de los litigantes podrá ser ordenada a solicitud de parte, o de oficio, y se limitará a los asientos que tengan relación necesaria con la cuestión que se agitare (artículo 57 del Código de Comercio); ch) En general, todo el que por razón de intereses, compañía u otra causa semejante tenga en su poder documentos de los cuales puedan otros deducir derechos efectivos, está obligado a presentarlos (artículo 389 del Código Judicial), que observa la Corte, formaba parte del capítulo de la acción exhibitoria del antiguo Código Judicial y que equivale al artículo 298 del Código vigente. d) La parte en cuyo poder existan documentos que la contraria estime conducentes a probar sus derechos, estará obligada a presentarlos ante el Juez, siempre que la parte interesada lo pida, exponiendo cuál es el hecho que se propone probar con el documento solicitado (artículo 391 del Código Judicial)" antiguo, observa la Corte, que formaba parte del capítulo de la Acción Exhibitoria en el antiguo Código y que corresponde al artículo 300 del Código Judicial vigente, norma que forma parte del capítulo de la Acción Exhibitoria, llamada simplemente *exhibición*, como la denomina el Código de Comercio.

Establecido todo lo anterior, cree la Corte del caso estudiar otra de las fases del problema, a saber, la interpretación científica y el alcance del artículo 39 del Código de Comercio, independientemente de la acción exhibitoria, y considerada en sí misma esa norma. Al respecto estima la Corte que dicho artículo no puede interpretarse ni aplicarse sino mediante cierta distinción y discriminación.

La sanción de que trata esa norma debe guardar relación directa con la pretensión de la parte contraria y con la finalidad que ésta tuvo o se propuso al pedir la exhibición de los libros de la parte contraria, puesto que no se ve cuál pueda ser el fundamento jurídico para imponer una sanción que no cuadra con el propósito que tuvo la parte contraria o que está desvinculada de la finalidad que movió a uno de los litigantes a pedir la exhibición de los libros de comercio de su contraparte. Es claro que si un comerciante exhibe sus libros Mayor y Diario para demostrar el registro de ciertas operaciones comerciales, sobre las cuales se debate, y la contraparte no los exhibe, se debe estar y se debe juzgar por los asientos de los libros que presentó el comerciante que pidió la prueba, aplicando en ese caso el artículo 39, porque en esto existe la relación directa, la conexión y la finalidad que tuvo en mira el comerciante que solicitó la prueba; pero si no se trata de esto, sino de una cosa distinta, y máxime si se trata no del registro de operaciones comerciales, sino de antecedentes o negocios, que pudieron o nó registrarse en los libros, no se ve, se repite, el fundamento jurídico para que se deduzca de esa no exhibición una consecuencia o finalidad distinta de la que se buscaba con aquélla. Sin duda alguna la Corte se inspiró en estos principios en su sentencia de 23 de marzo de 1920 (*Gaceta Judicial*, XXVIII), cuando dijo: "El documento que ha debido exhibirse y que no lo fue a pesar de la orden judicial, debe ser apto o hábil por sí mismo para acreditar el hecho que se intenta justificar con él. La sanción en que incurra la parte renuente en exhibir la prueba no puede tener contra él un alcance mayor que el que se hubiera obtenido con la exhibición del documento".

Y lo anterior se ve palmario en los autos: La parte demandante presentó el libro Mayor y los

libros auxiliares de cuentas corrientes; no presentó el libro de correspondencia. El propósito o finalidad que tuvo esa parte al pedir que la contraria exhibiera el libro de correspondencia, fue como lo dice su memorial transcrito, el de constatar si el 14 de febrero y el 26 de marzo de 1938, la Sociedad demandada ordenó a la demandante la impresión de determinado número de billetes de la Lotería del Magdalena. La Compañía demandada no presentó esa correspondencia, luego por esa omisión o renuencia, la sanción sería la de dar por establecido el hecho que quiso establecer la Compañía demandante, sanción de más en este caso, porque ese hecho está plenamente establecido en autos, por las pruebas que en ellos obran, como son las cartas transcritas en este mismo fallo. Pero no es jurídico, a la luz de los principios generales, concluír que la Compañía demandada debe una cantidad determinada de dinero a la demandante, por el hecho de no haber presentado aquélla su libro de correspondencia, pues no existe la relación directa entre lo pedido y lo deducido, ni hay conexión entre el libro copiador de correspondencia, y la conclusión impuesta como sanción, de que debe una cantidad precisa de dinero, cuando lo que se buscaba era sólo la comprobación de la existencia de un contrato, porque entonces resultaría que por el hecho de establecerse la existencia de un pacto, quedaría indefectiblemente establecida y fijada una deuda, contra una de las partes, lo cual no puede admitirse de una manera general y sin excepción.

Lo anterior queda de bulto, a juicio de la Corte, con la siguiente comparación: La finalidad e intención de la parte demandante, fue como ya se dijo, acreditar con la exhibición solicitada, la orden de impresión de billetes de la lotería dada por la parte demandada a la demandante. Eso era lo que se buscaba. En los libros Diario y Mayor de la parte demandante no se registra esa orden sino un saldo contra la Compañía demandada. Esta Compañía no fue renuente ni se le exigió tampoco la presentación de sus libros Diario y Mayor. La finalidad de la parte demandante fue la de establecer si en las fechas precisas que ella indica o sea el 14 de febrero y el 26 de marzo de 1938, había dado orden a la Sociedad demandante para la impresión de los billetes de lotería. El asiento en los libros de contabilidad de la parte demandante, de donde se deduce el saldo a favor de ésta y en contra de la Compañía demandada, tiene fecha de 30 de junio de 1938. No cuadran, pues, ni la intención ni la finalidad, ni los libros, ni la fecha, ni el hecho que se intentó demostrar con la exhibición del libro de correspondencia de la parte demandada. Demostrar o intentar demostrar que se ha dado orden para la ejecución de una obra material, es distinto de demostrar que existe un saldo a favor de las partes, en virtud del contrato de arrendamiento de servicios.

En síntesis: la sanción de que trata el artículo 39 del Código de Comercio, por lo mismo que es de efectos irreparables, no puede imponerse sino cuando previamente se han llenado la plenitud de las fórmulas, o sea cuando ha precedido la acción exhibitoria en la forma en que lo establece la ley de procedimiento y el artículo 8º del Código de Comercio. Esa sanción debe ser conforme o relativa a la intención predominante de quien solicitó la exhibición y de acuerdo con los hechos que intentó demostrar mediante ella. Por eso el artículo 300 del Código Judicial establece que el que pide la exhibición debe expresar con claridad los hechos que se propone demostrar, lo cual no es sino la aplicación del principio general que consagra la primera parte del artículo 593 del Código Judicial, a saber: "Toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes a la defensa".

Consideradas así las cosas, el Tribunal no erró al no dar aplicación al artículo 39 del Código de Comercio, no por el concepto que expresó en su fallo, concepto que se rectifica según lo antes expuesto en esta sentencia.

Al estudiar el cargo anterior, el cual no puede prosperar por lo ya expresado, queda estudiado el cargo hecho en el capítulo noveno de la acusación de la parte demandada recurrente.

No obstante esto, la Corte se refiere de una manera directa al punto relativo a la responsabilidad solidaria del demandado José Antonio Emiliani, nacida de actos de gestión realizados por él, responsabilidad que niegan sus representantes y que constituye uno de los motivos de casación aducidos por la parte demandada recurrente.

En sentir de la Sala son suficientes para demostrarla los siguientes elementos probatorios:

En el cuaderno de pruebas número 1 se encuentra la copia auténtica de las posiciones absueltas por José Antonio Emiliani el 16 de octubre de 1939, antes de iniciarse el juicio, a petición del Gerente de la Sociedad demandante y al folio 8º se ve la copia de la circular número 6 de 25 de mayo de 1938, pasada por dicho señor a los agentes de la Notaría del Magdalena. En esa circular dijo el señor Emiliani: "Sirve la presente para llevar a su conocimiento que de regreso de mi viaje de Europa y Estados Unidos, me encuentro de nuevo al frente de mis negocios, habiendo asumido desde la fecha la personería de la firma Emiliani, Senior & Co., S. en C. (administradores delegados de la Lotería del Magdalena), y en consecuencia la administración general de todos los negocios. Así, pues, las correspondencias, documentos y demás papeles de la oficina serán firmados por el sus-

crito en lo sucesivo. Aprovecho esta oportunidad para hacerle presente que el objeto primordial de la modificación del plan que se iniciará con el sorteo número 26, que juega el primero de junio próximo, es poner la Lotería al alcance de todas las posibilidades, con el fin de buscarle mayor venta y poder consumir la edición total de los billetes. En esta labor son factores decisivos los agentes, y por ello no dudamos del éxito que debemos alcanzar, dada la seguridad del celo y competencia que usted despliega en el manejo de la Agencia que le hemos confiado."

El señor Emiliani negó en posiciones haber suscrito y enviado la referida circular, pero al folio primero del citado cuaderno de pruebas se encuentra un ejemplar de la circular número 6-A, fechado el 31 de mayo de 1938, suscrita por el mismo señor J. A. Emiliani y dirigida al Agente de la Lotería del Magdalena en Ibagué, que dice:

"Por medio de la presente informo a usted *que por omisión que hizo el suscrito en su anterior circular número 6* (subraya la Sala), dejó de significarle que al hacerse cargo de la personería de la firma Emiliani, Senior & Co., S. en C., lo ha hecho en su carácter de liquidador de dicha firma, según escritura de liquidación número 578 de fecha de hoy, otorgada por el Notario 2º de este Circuito". La firma puesta por Emiliani al pie de esta circular, fue reconocida como auténtica por él, en declaración rendida el 11 de octubre de 1939, visible a folios 2 vuelto y 3 del propio cuaderno.

Dos cuestiones de suma importancia contiene esta circular, a saber: El reconocimiento que hace el señor José Antonio Emiliani de que suscribió y envió a su destino la anterior circular número 6, y la confesión de que desde el 25 de mayo de 1938 se hizo cargo de la personería de la Sociedad demandada, sin que pueda aceptarse la explicación que da de qué lo hizo en su carácter de liquidador; pues allí mismo dice el señor Emiliani que la Sociedad sólo se declaró disuelta por escritura número 578, otorgada el 31, no el 25 de mayo de 1938, como así resulta de esa escritura, que en copia auténtica figura en el juicio.

En vista del contenido de esa circular, no son admisibles los razonamientos hechos por el apoderado en casación de la parte demandada recurrente, quien sostiene que por no encontrarse en autos original la circular número seis, no puede apreciarse como prueba, porque debe tenerse en cuenta que la copia traída al juicio se expidió por orden del Juez, pues el original se encuentra en la actuación referente a la absolución de posiciones, de la cual se entregó copia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 624 del Código Judicial, y esa copia reúne entonces el requisito previsto en el ordinal 3º del artículo 648 de allí, y puede por lo mismo, dársele su valor legal.

Pero hay más: El señor Carlos A. Senior, ex-Gerente de la Sociedad demandada, al absolver posiciones el 14 de octubre de 1939, a la cuarta pregunta dijo: "Al regreso del señor Emiliani del Exterior, y encontrándome yo en el interior de la República en gestiones de propaganda y organización de agencias de la Lotería del Magdalena, al darse cuenta el señor Emiliani que en el corto tiempo de cinco meses que tenía de vida apenas la Lotería del Magdalena y obrando de manera precipitada y sin pensar en los malos resultados de su actitud, procedió en mi ausencia a tomarse por sí propio la administración y personería jurídica de la Sociedad en comandita que con él tenía celebrada". (Folio 6 del cuaderno principal de la primera instancia). Y al contestar la 8ª pregunta, afirmó que José A. Emiliani había pasado la circular número 6 de que se ha venido tratando. (Folio 6 vuelto).

En el cuaderno de pruebas número 1, al folio 6º, corre una carta fechada el 11 de julio de 1938, dirigida a Jesús López R., de Medellín, y suscrita por M. Vives Pérez, como liquidador de la Sociedad demandada, en la que dice: "Sirve la presente para solicitarle de la manera más atenta, que se sirva remitirnos la circular número 6, de mayo pasado, dirigida a usted y firmada por nuestro Gerente don José A. Emiliani, en donde le anuncia que a su regreso de Europa se pondrá al frente de los negocios, ya que la firma entraba en liquidación."

Queda así plenamente demostrado que el señor José A. Emiliani, al suscribir y enviar a su destino la referida circular número 6, del 25 de mayo de 1938, es decir, antes de declararse disuelta la Sociedad demandada, asumió la personería de ella, lo que comprometió su responsabilidad personal, y ello es suficiente para concluir que la sentencia acusada es jurídica en esa parte y que por lo tanto, no son admisibles ni pueden triunfar los cargos formulados sobre el particular por la parte demandada-recurrente.

El presente debate se ha desarrollado sobre la base de que se trata de un asunto comercial y así lo han entendido las partes. Dado este concepto, no es del caso modificarlo, de donde resulta que la acusación en casación sobre que no se trata de un asunto comercial sino civil, es un medio nuevo y por eso no puede admitirse esa acusación.

La Corte se ha referido a la sanción que establece la última parte del artículo 39 del Código de Comercio. En cuanto a la primera o sea a la multa, ella es una sanción de carácter meramente fiscal, que no atañe al fondo del asunto que se debate en este pleito, por donde resulta que el reparo hecho al respecto tampoco puede pros-

perar. Es muy semejante al caso en que presentado un documento sin estampillar, ante un funcionario, éste lo manda a la respectiva oficina recaudadora, para que sea estampillado y allí, si es el caso, se le impone una multa, pagada en estampillas de timbre nacional, a quien omitió hacer estampillar en tiempo el documento. No pasa lo mismo con la aplicación de la sanción de que trata la segunda parte del artículo 39 citado, por lo ya dicho.

El demandante recurrente acusa la sentencia por la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial y en esa acusación se halla involucrada también la causal primera.

El Tribunal no condenó a la parte demandada al pago de la cantidad determinada en la demanda, porque no halló comprobado debidamente que ese fuera el saldo adeudado. En esto no hubo infracción de ninguna disposición sustantiva, por lo ya expuesto; pero eso no significa que la sentencia no esté en consonancia con lo pedido, por cuanto el fallo recayó precisamente respecto de la condenación impetrada y se condenó a la parte demandada. Al no accederse a hacer la condenación en concreto y por la cantidad demandada, no puede sostenerse que el Tribunal fallara en disconformidad con las pretensiones oportunamente deducidas por los demandantes, porque es bien sabido que esa disconformidad no existe ni puede existir cuando hecha la condenación, se dispone, por ministerio de la ley, que el monto de ella sea fijado en juicio aparte, en el cual, por lo mismo que ya recayó sentencia sobre la parte esencial de lo demandado, no se discute la obligación de pagar, sino la cuantía o monto de la condenación, que no puede ir más allá de lo pedido concretamente por la parte demandante.

Por lo expuesto, la Carte 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 haber recurrido ambas partes.

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

Hernán Salamanca, José Miguel Arango, Isaías Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza.—El Conjuez, *Rafael Ruiz Manrique.*—*Pedro León Rincón,* Secretario en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MAGISTRADO DOCTOR ISAIAS CEPEDA

Con el respeto que debo y profeso a mis distinguidos colegas, salvo mi voto en la sentencia anterior, pues tengo la convicción de que la Corte ha debido casar el fallo del Tribunal y confirmar el de primer grado, con alguna pequeña modificación, como lo propuse en el proyecto que me fue negado.

De consiguiente, consigno aquí, aunque sea someramente, las razones de mi disentimiento.

Para mí no hay duda de que el juicio versa sobre un negocio de carácter mercantil, celebrado entre comerciantes, por lo cual deben aplicarse exclusivamente las disposiciones del Código de la materia, en cuanto resuelvan claramente la cuestión, y en su defecto las del Código Civil, al tenor de lo estatuído en los artículos 1º, 10, 20, 21 y 23 del Código de Comercio. Pero aun suponiendo que no tenga tal carácter, así fue planteado y aceptado tácitamente por las partes en las instancias, como lo reconoce la sentencia que comento, por lo cual no podía discutirse ese extremo en casación.

Dice la sentencia que ha debido demostrarse que la parte demandada impartió su aprobación a los varios trabajos ejecutados por la sociedad demandante. Sobre ese punto tampoco versó el pleito, ni él fue objeto de discusión en ningún momento, ni la parte demandada alegó en modo alguno ese aspecto para desconocer la deuda; por el contrario, hay varias pruebas e indicios en autos de que existió tal aprobación.

Considero que para que se aplicara la sanción que establece el artículo 39 del Código de Comercio, no era indispensable que procediera la correspondiente acción exhibitoria de los libros, y más aún, que no era el caso de ejercitar en este juicio esa acción, la cual tiene por objeto, según los artículos 297 y 298 del Código Judicial, pedir "la exhibición de la *cosa* que es o va a ser materia" del juicio, o de "un *testamento* o *de cualquier otro documento* que el peticionario quiera aducir como prueba, o del cual pretenda deducir algún derecho", lo cual no sucedía aquí, y la sanción que acarrea la negativa es la que señala el artículo 303 de allí, que dice:

"Si decretada una exhibición, ésta no se lleva a efecto por renuencia del que debe hacerla, se tienen como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponía demostrar, si es admisible la prueba de confesión; si no lo es, se le condena sin más actuación al pago de perjuicios."

Como se ve, es distinta la sanción que impone el artículo 39 del Código de Comercio, pues conforme a éste no se tienen probados los hechos que el demandante se proponía demostrar, sino que se condena al demandado a lo que resulte de los asientos de los libros del actor, cosa completamente diferente.

Sostengo que es aplicable al caso del pleito lo dispuesto en el artículo 39 citado, por estas razones:

Según el artículo 64 del Código de Comercio, los Jueces y Tribunales "pueden decretar, *de oficio*, o a instancia de parte, la exhibición de las cartas que tengan relación con el asunto litigioso....."

Para mí es clarísimo, desde que puede decretarse de oficio la exhibición, que no es necesario que se ejercite la acción exhibitoria, la que, como ya se vio, no sería pertinente, porque la renuencia acarrea una sanción distinta de la señalada en el artículo 39.

De acuerdo con el artículo 27 del mismo Código, todo comerciante por mayor debe llevar, entre otros libros, el copiador de cartas, y el 39 dispone:

"El comerciante que no llevare todos los libros que se exigen respectivamente en los artículos 27 y 28, u ocultare alguno de ellos, siéndole ordenada su exhibición, incurrirá en una multa de doscientos a ochocientos pesos, si fuere comerciante por mayor, y de cincuenta a trescientos pesos si fuere comerciante por menor, por cada libro que hubiere omitido u ocultado."

"Demás de eso, en la *controversia* que hubiere dado motivo al descubrimiento de la omisión o *en que se hubiere cometido la ocultación*, el comerciante será *juzgado por los asientos de los libros de su contendor*, estando arreglados, *sin que se le admita prueba en contrario*."

La sanción es drástica, demasiado severa, si se quiere, pero el artículo no hace distinción alguna y en mi sentir basta que se deje de exhibir cualquier libro, sea cual sea el objeto de la exhibición, para que el juzgador esté obligado a proceder como ordena el artículo copiado.

Podría extenderme en varias otras consideraciones relacionadas con el fallo de que me aparto, pero me parece que basta lo dicho para dejar demostradas las razones en que apoyo mi disentimiento.

Isaías Cepeda

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Personería de las partes. Prueba de la constitución de las sociedades mercantiles

1. Ya ha dicho la Corte que para ejercitar válidamente cualquier acción, esto es, para precisar desde el punto de vista legal los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad para comparecer en juicio, y c) Legitimidad en la causa. Estas tres condiciones no constituyen el contenido de ningún pleito, sino su viabilidad. Deben ser siempre examinadas de oficio por el sentenciador y cuando cualquiera de ellas falta, la decisión nunca versa sobre el fondo del derecho controvertido. Se infiere de esto que si en el presupuesto procesal no aparece demostrada la personería sustantiva, bien de acuerdo con los requisitos exigidos por la ley para su constitución y existencia o bien en la forma especial determinada por el legislador para evidenciarla en juicio, falta procesalmente la persona cuyos derechos se han de declarar o negar en la sentencia.

El fenómeno de la personería, mirado desde un punto de vista adjetivo o sustantivo, tiene carácteres diferentes: el primer aspecto mira a la mera representación y origina una excepción dilatoria; el segundo se vincula íntimamente con la acción debatida, se confunde con el derecho mismo y es causa de una excepción perentoria que el Juez debe declarar de oficio, cuando al través del proceso la encuentra evidente.

2. Cuando se trata de personas jurídicas de carácter privado, como son las sociedades civiles o comerciales, los reglamentos y los estatutos a que ellas deben someterse, vienen a ser el título originario, fundamental y constitutivo de su existencia. La constitución de las sociedades comerciales se prueba por medio de la escritura respectiva o, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 40 de 1907. Enseña Labbé que la sociedad puede considerarse ya como contrato, ya como personalidad. Es indudable que el artículo 36 citado, inspirado en tal principio, no trata de la escritura social como prueba de la sociedad-convención, pero ve en su extracto una demostración de la existencia de la sociedad-persona. Posteriormente estableció la Ley 28 de 1931, en sus artículos 40 y 41, que para acreditar la constitución y existencia de una sociedad comercial bastaba un certificado suscrito por el Presidente y el Secretario de la respectiva Cámara de Comercio, sellado en debida forma, con las condiciones que en esos artículos se indican.

3. Sin la prueba de la existencia de una persona jurídica, tal como una sociedad comercial, falta en el juicio uno de los presupuestos procesales, o sea la capacidad sustantiva de una de las partes.

4. Al tenor de los artículos 40 de la Ley 28 de 1931, 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, tratándose de una sociedad comercial el extracto debe contener los nombres, apellidos y domicilios de los socios; la razón y firma social; los socios encargados de la administración y el uso de la razón social; el capital que introduce cada uno de los socios y la época en que la sociedad debe principiar o disolverse.

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

El doctor Alfonso Lara Hernández, en ejercicio del poder que le confirió el señor Elías Bernal, en su carácter de socio gestor y administrador de la "Sociedad Ganadera del Norte, Limitada", demandó ante el Juzgado Primero del Circuito de Cúcuta, a la "Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A.", domiciliada en esa ciudad y representada por el doctor Emilio Gaitán Martín, para que previos los trámites de un juicio ordinario se declarara que la empresa demandada es responsable civilmente de los daños causados a la Ganadera del Norte, en las haciendas denominadas *El Edén, Agua Blanca* y *Tesajero*, debidos a los incendios ocurridos el día 6 de julio de 1940; y que, en consecuencia, se condene a la misma a pagar los daños causados en las fincas citadas.

Basó la demanda en los siguientes hechos:

"1º El haberse producido, el día 6 de julio, en las horas de la tarde, un fuerte incendio en

las haciendas de *El Edén, Pital* o *Arenosa,* que destruyó la casi totalidad de las haciendas nombradas."

"2º El haberse producido el mismo día 6 de julio, un fuerte incendio en las haciendas *Agua Blanca,* o *Tesajero* o *La Pedregosa,* incendio que destruyó en gran parte dichas haciendas.

"3º El haber sido la causa de dichos incendios, una de las máquinas del ferrocarril de Cúcuta, debido a que arrojaba una enorme cantidad de chispas por sus chimeneas.

"4º El constituír esto un verdadero riesgo para las dehesas que se hallan situadas a lado y lado de la línea férrea.

"5º El haber usado, la compañía demandada, en sus máquinas como combustible madera o leña, teniendo máquinas que usan petróleo, las cuales no ofrecen ningún peligro para las haciendas circundantes.

"6º El no haber la compañía demandada, usado el cuidado y diligencia necesarios para el mantenimiento de la faja que le corresponde desprovista de malezas, monte y rastrojos que favorecieron el principio de los incendios.

"7º El haber empezado los incendios, justamente, en la zona que corresponde mantener en estado de limpieza a la sociedad demandada.

"8º El ser los protectores contra las chispas en las chimeneas de las máquinas, insuficientes para evitar que éstas arrojen una gran cantidad de chispas sobre los alrededores de la carrilera, no previniendo así los peligros que pudieran ocasionarse por dichas chispas al caer sobre materias que por su grado de sequedad son esencialmente combustibles.

"9º El haber incurrido en culpa, la sociedad demandada, por no haber observado la diligencia y cuidado necesarios para evitar que el desarrollo de sus actividades, esencialmente peligroso, fuese perjudicial para las haciendas circundantes.

"10. El encontrarse mis poderdantes, debido a la destrucción producida por los incendios en la necesidad de reconstruír las cercas destruídas en su totalidad y reparar aquéllas que sufrieron daños parciales.

"11. El hallarse mis poderdantes, a causa de los incendios, desprovistos de pastos en las haciendas citadas, que sostenían más de mil cabezas de ganado tanto de cría como de ceba.

"12. El no ser aprovechables, los potreros destruídos con los incendios, en un lapso no menor de cinco meses, siempre que las lluvias se produzcan en épocas normales.

"13. El haber, mis poderdantes, dejado de percibir, debido a los incendios, el producido normal de las fincas perjudicadas, en un lapso de cinco meses.

"14. El verse mis poderdantes, debido a la destrucción de los pastos en las fincas mencionadas, obligados a pagar pastajes por el ganado que normalmente hubieran podido sostener en sus haciendas.

"15. El ser mis poderdantes arrendatarios de las fincas perjudicadas y, de acuerdo con el contrato de arrendamiento estar obligados al sostenimiento, conservación y entrega en perfecto buen estado de las fincas arrendadas, corriendo por su cuenta los gastos necesarios para tal fin.

"16. El haber, mis poderdantes, sufrido el daño directamente de sus intereses, por ser los ganados de su propiedad, percibir el lucro de las fincas en cuestión y tener que reparar los daños por su cuenta y riesgo."

El representante de la parte demandada propuso la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del actor y alegó que el poder conferido al doctor Lara Hernández, apoderado de la sociedad actora, debía haberse otorgado en escritura pública, por tratarse de una autorización general y no en documento privado y que a los autos no se había traído el contrato de arrendamiento de las fincas perjudicadas. El Juez del conocimiento desató el incidente declarando no probadas las excepciones propuestas.

Agotada la tramitación de la primera instancia, el Juez 1º Civil del Circuito de Cúcuta le puso término por medio de sentencia fechada el 13 de agosto de 1942, en la cual declaró probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la Compañía ferroviaria demandada. Se fundó en que no se habían exhibido las pruebas que la ley exige para demostrar en juicio su constitución y existencia.

La sentencia acusada.

Apelada la anterior providencia por el apoderado de la parte actora, decidió la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en sentencia pronunciada el 26 de octubre de 1943, por virtud de la cual *confirma* la apelada, adicionándola en el sentido de declarar también probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva en la parte demandante. No hace ningún pronunciamiento sobre costas, y tuvo un voto disidente.

Comienza el fallo del Tribunal por hacer una larga exposición teórica y doctrinaria sobre el fenómeno de la capacidad y la legitimidad en la causa, como presupuesto procesal indispensable para reconocer un derecho a favor de una persona jurídica o para absolver o condenar a las mismas. Estima que en el caso de autos debía haberse demostrado plenamente, al tenor de las normas legales, la constitución y existencia de las sociedades tanto actora como opositora, y para sostener la tesis anterior transcribe varios

fallos de esta Sala de Casación, que en casos parecidos decidieron que no podía reconocerse un derecho controvertido, ni absolverse o condenarse por la justicia, cuando no estuviera suficientemente comprobada en el proceso la existencia y legal representación de las partes, sobre todo cuando no se trata de personas naturales cuya existencia se presume, sino de personas jurídicas.

Sostiene igualmente el fallo del Tribunal que la forma o manera de comprobar dicha existencia y constitución de las sociedades comerciales no es ni puede ser arbitraria, ni aceptarse para ese fin toda clase de elementos probatorios, sino que habiendo determinado la ley la forma y elementos para esa demostración, son éstos exclusivamente y no otros los que deben aportarse al proceso para considerar como demostrado tal presupuesto procesal.

Al examinar el Tribunal los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Cúcuta y exhibidos para comprobar la constitución y existencia tanto de la sociedad comercial actora como de la opositora, llega a la conclusión de que tales elementos probatorios no son suficientes para obtener ese resultado, por no ser los que nuestra legislación señala y exige de manera taxativa para este caso. De ahí que estime conducente, de acuerdo con doctrinas inveteradas de esta Corte, abstenerse de entrar a estudiar y decidir sobre el fondo de la acción de responsabilidad incoada y en su lugar declarar probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de ambas partes litigantes.

Recurso de casación.

Se alza en casación el apoderado de la parte actora y acusa la sentencia del Tribunal por las causales consagradas en los numerales 1º, 2º y 7º, del artículo 520 del Código Judicial. Se pasan a estudiar separadamente las acusaciones formuladas con fundamento en los anteriores motivos.

Primera causal. Acusa la sentencia recurrida por ser violatoria de ley sustantiva, por infracción directa y por aplicación indebida de numerosos textos legales. Los dos cargos que presenta basados en la causal 1ª pueden sintetizarse así:

Primer cargo. El Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de los certificados que obran a los folios 4 y 5 del cuaderno número 7 y 2 del cuaderno número 1, y a consecuencia de ese error violó los artículos 329 y 343 del Código Judicial, y 465, 469 y 470 del Código de Comercio, por cuanto los aplicó indebidamente; los artículos 472 y 477 del Código de Comercio y los artículos 63, 1494, 1604, 1613, 1614, 2005, 2341, 2342 y 2356 del Código Civil, por no haberles dado aplicación. Por otra parte, el Tribunal no apreció los certificados que obran en el folio 8 del cuaderno número 7, incurriendo con ello en error de derecho y en manifiesto error de hecho que lo llevaron a violar los artículos de los Códigos Judicial, de Comercio y Civil, arriba enumerados.

Estima el recurrente que ambos certificados de la Cámara de Comercio de Cúcuta sobrepasan las exigencias del artículo 41 de la Ley 28 de 1931 dado que expresan en forma terminante que las dos sociedades tienen su domicilio en la ciudad de Cúcuta y que sus representantes legales son los señores Elías Bernal y Emilio Gaitán Martínez. Considera que el Tribunal sentenciador, por otra parte, interpretó erróneamente el artículo 40 de la Ley 28 de 1931, en el sentido de establecer una obligación, un mandato, para las empresas o entidades de derecho, que les impone demostrar en todo caso su existencia, a pesar de haber comprobado su personería. El citado artículo no es una obligación legal sino un medio que la ley ha dado a las sociedades o compañías comerciales para demostrar su constitución y existencia; por lo cual el sentido de las citadas normas no es imperativo, sino un medio fácil y expedito para que, en determinadas circunstancias, se pruebe la vida y relaciones jurídicas entre un grupo de personas naturales que han escogido una de las diversas formas de asociación para explotar cierto objeto social.

Segundo cargo. Acusa la sentencia recurrida por haber violado el Tribunal, por interpretación errónea, los artículos 329 y 343 del Código Judicial, 40 y 41 de la Ley 28 de 1931; 465, 469, 470, 472 y 477 del Código de Comercio; por infracción directa de los artículos 2341 y 2356, en concordancia con los artículos 63, 1494, 1604, 1614, 2005 y 2342 del Código Civil.

Sostiene el recurrente que no puede entrar un Tribunal a estudiar lo referente a la existencia o inexistencia, regularidad o irregularidad de una sociedad comercial, si tales eventos no son materia del debate; es decir, que cuando no se ejercitan acciones o derechos que nacen del contrato social, sino que se demanda el cumplimiento de una obligación, sólo debe probarse que quien demanda como representante de una sociedad tiene tal carácter, para lo cual es indiferente que la Sociedad demandante o demandada haya sido bien o mal constituída, puesto que ésta no podría oponer a aquélla como excepción los vicios o irregularidades de su constitución, ni tampoco los de la sociedad demandante para exonerarse de cumplir su obligación. Demostrado que quien ejercita la personería de una sociedad, regular o irregularmente constituída, es y ha sido admitido como su representante en el juicio, el Tribunal no puede estu-

diar lo referente a existencia o inexistencia de la persona jurídica, en la forma oficiosa que lo hace la sentencia recurrida.

ESTUDIO DE LOS CARGOS.

A.—*Personería de las partes.*

Ya viene dicho por esta Corte que para ejercitar válidamente cualquier acción, esto es, precisar desde el punto de vista legal los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad para comparecer en juicio, y c) Legitimidad en la causa. Estas tres condiciones no constituyen el contenido de ningún pleito, sino su viabilidad. Deben ser siempre examinadas de oficio por el sentenciador y cuando cualquiera de ellas falta, la decisión nunca versa sobre el fondo del derecho controvertido. (Véase *Gaceta Judicial*, tomo XLIV, página 342).

Se infiere de lo anterior que si en el presupuesto procesal no aparece demostrada la personería sustantiva, bien de acuerdo con los requisitos exigidos por la ley para su constitución y existencia o bien en la forma especial determinada por el legislador para evidenciarla en juicio, falta procesalmente la persona cuyos derechos se han de declarar o negar en la sentencia.

El fenómeno jurídico de la personería, mirado desde un punto de vista adjetivo o sustantivo, tiene caracteres diferentes: el primer aspecto mira a la mera representación y origina una excepción dilatoria; el segundo se vincula íntimamente con la acción debatida, se confunde con el derecho mismo y es causa de una excepción perentoria que el Juez debe declarar de oficio, cuando al través del proceso la encuentra evidente. (*Gaceta Judicial*, tomo XLVIII, páginas 964-965).

Se trata únicamente de saber si la existencia de la sociedad está o nó acreditada en los autos, lo mismo que si está establecida la representación de tal sociedad. El Tribunal echó de menos esas pruebas; esa la razón de su fallo, y la Corte llega a la misma conclusión por estas razones: la prueba que demuestra la constitución y existencia de una sociedad, no es sino la taxativa señalada por la ley, de modo que cuando se trata de litigios de la naturaleza del presente, cuando se debe demostrar la existencia de una compañía o sociedad o quién tiene la personería de ésta, las partes no gozan de toda la amplitud probatoria que pueden tener o tienen cuando se trata de demostrar otros extremos, por lo mismo que la ley ha señalado los únicos modos de hacer esas demostraciones. Y no solamente desde 1931 el legislador ha indicado la manera exclusiva de demostrar la existencia de una compañía y de quien es su representante, porque antes de que existiera esa norma, imperaba otra que señalaba el modo de hacer esa comprobación, en forma también taxativa. Lo que hizo la Ley 28 fue mantener el principio, el taxativo, simplificando el modo de la comprobación, pero como es obvio, exigiéndola siempre en la forma determinada por la ley. (*Gaceta Judicial*, tomo LII, página 604).

Cuando se trata de personas jurídicas de carácter privado, como son las sociedades civiles o comerciales, las escrituras sociales, los reglamentos y los estatutos a que ellas deben someterse, vienen a ser el título originario, fundamental y constitutivo de su existencia. A propósito de las sociedades comerciales, ya observó la Corte, en sentencia fechada el 20 de noviembre de 1935, inserta en los números 1907 y 1908 de *Gaceta Judicial*, que el juzgador necesita averiguar, valiéndose de pruebas documentales, cómo nació la Compañía a quien ha de condenar o absolver. Dispone el Código de Comercio en su artículo 465 que la sociedad comercial se prueba por medio de escritura pública debidamente registrada; más adelante exige la misma obra en sus artículos 469, 470 y 480 el otorgamiento de los extractos sociales y reglamenta su expedición, registro y publicación. Fue más tarde, mediante el artículo 36 de la Ley 40 de 1907, cuando se admitió que para el solo efecto de reconocer en juicio la personería de las sociedades y la representación de sus administradores o gestores, se aceptaran también las copias de esos extractos, expedidas por el Secretario de la oficina judicial donde fueron registrados.

Enseña Labbé que la sociedad puede considerarse ya como contrato, ya como personalidad. Es indudable que el artículo 36 de la Ley 40 de 1907, inspirado en tal principio, no trata de la escritura social como prueba de la sociedad-convención, pero ve en su extracto una demostración de la existencia de la sociedad-persona.

Posteriormente la Ley 28 de 1931, en sus artículos 40 y 41, estableció que para acreditar la constitución y existencia de una sociedad comercial, bastaba un certificado suscrito por el presidente y el Secretario de la respectiva Cámara de Comercio, sellado en debida forma, en el que constaran el número, fecha y Notaría de la escritura constitutiva de la sociedad y de sus reformatorias, con las mismas indicaciones exigidas para los extractos y el testimonio de que la sociedad ha sido registrada en la respectiva Cámara de Comercio. Asimismo estableció que la certificación otorgada por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, respecto a la persona que en un momento dado ejerza la gerencia o sea representante legal de una entidad comercial, de acuerdo con los registros, constituye prueba de su personería. (*Gaceta Judicial*, tomo XLVI, página 140).

La capacidad para ser parte es, por lo tanto, la aptitud jurídica que tienen tanto las personas

físicas como las morales para ser sujetos de derecho, en determinado proceso. Sin la prueba de la existencia de una persona jurídica, tal como una sociedad comercial, falta en el juicio uno de los presupuestos procesales, o sea la capacidad sustantiva de una de las partes.

—

B.—Sostiene el recurrente que no puede entrar el fallador a estudiar lo referente a la existencia o inexistencia, regularidad o irregularidad de una sociedad comercial, si tales eventos no son materia del debate, o si no se ejercitan acciones o derechos que nacen del contrato social. No es exacta la tesis, en la forma absoluta en que la presenta la parte actora y una interpretación contraria ha sostenido esta Corte en numerosos fallos, que ya vienen citados en esta providencia. Lo que esta Sala de Casación ha dicho es cosa bien distinta, a saber: que sólo en los casos determinados por el recurrente puede el fallador estudiar y decidir si la sociedad está legalmente constituída, si adolece de vicios que acarreen nulidad, si debe ser considerada como sociedad legal o como sociedad de hecho, etc., etc.

Pero aquí se decide un caso absolutamente distinto, y lo que el Tribunal exige y echa de menos, como viene dicho anteriormente, es que no se ha traído a los autos la prueba legal taxativa que se requiere para demostrar simplemente la existencia de una sociedad que comparece en el juicio, como demandante o como demandada. Bastaba con que el actor hubiera comprobado, nó que las sociedades litigantes están legalmente constituídas y que no adolecen de vicios en su origen, sino que existen y que se les puede reconocer judicialmente el derecho invocado, porque cuando se trata de personas jurídicas es de rigor demostrar con la plenitud judicial que exigen las normas especiales, su propia personalidad y la personería de quienes comparecen a su nombre. Queda de esta manera explicado el fundamento de otros fallos de casación que cita el recurrente, en que no se debatía el fenómeno exclusivo de la existencia de la persona moral, para efectos procesales, sino extremos que se relacionaban con su legal constitución, su existencia y su validez.

—

C.—*Personería de la parte actora.*

Para demostrar la existencia de la Sociedad demandante sólo se ha agregado al expediente el siguiente certificado:

"Los suscritos, Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Cúcuta, en el Departamento Norte de Santander, en la República de Colombia, con vista de los libros llevados en esta oficina, certificamos:

"Que de conformidad con el instrumento público señalado con el número 221, del 22 de julio de 1939, de la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, le fue conferida la administración directa y el uso de la firma comercial al señor Elías Bernal, como socio de la firma que gira en esta ciudad bajo la denominación social 'Ganadera del Norte, Limitada'. Dicho instrumento fue registrado en esta Cámara bajo la partida número 16, el 31 de agosto de 1939."

Al tenor del artículo 40 de la Ley 28 de 1931 no bastaba cualquier certificado del Presidente y Secretario de la Cámara, sino que es necesario que en él se deje expresa constancia del número, fecha y Notaría de la escritura de constitución y de las que en alguna manera la hubieran reformado; y de las indicaciones generales que se exigen para los extractos de que tratan los artículos 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, según el caso. Con arreglo al artículo 469 citado, tratándose de sociedad de comercio el extracto debe contener los nombres, apellidos y domicilios de los socios; la razón y firma social; los socios encargados de la administración y el uso de la razón social; el capital que introduce cada uno de los socios y la época en que la sociedad debe principiar o disolverse.

De lo dicho se deduce que, como lo dice la sentencia acusada, "no basta una mera referencia sobre la sociedad, en el certificado expedido por la Cámara de Comercio; es necesario que él contenga los elementos aludidos o por lo menos los más esenciales. La ley establece en una forma limitativa la manera de acreditar la constitución y existencia de las sociedades comerciales. Las partes no están en libertad para demostrar esta circunstancia por cualquier medio de prueba".

Hay que concluír, como lo hace el fallo del Tribunal, que no se ha evidenciado en la forma legal, para sólo los efectos procesales, la existencia de la entidad demandante y estuvo bien que prosperara la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de ésta, suficiente para enervar la acción incoada.

—

D.—*Personería de la parte demandada.*

Algo similar ocurre con el certificado exhibido para comprobar la existencia de la entidad demandada. Se presentó un certificado expedido por la Cámara de Comercio de Cúcuta, en el cual consta que el doctor Emilio Gaitán Martín es el Presidente de la empresa "Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A.". Pero la existencia de esta Sociedad no se comprueba, según el mencionado certificado, con el registro de ésta en la Cámara de Comercio y con las especificaciones del extracto notarial, como lo exige el artícu-

lo 40 de la Ley 28, tántas vecés citado, sino con el registro en la Cámara de la Resolución número 89, del 6 de mayo de 1940, dictada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas, en la que fue concedido el permiso para continuar ejerciendo su objeto social.

Si con esa prueba se pretendió demostrar la existencia de la Compañía demandada, ya se ha visto que no es suficiente para acreditar tal hecho. Sobre este particular ha dicho esta Sala en sentencia de 28 de octubre de 1941: "No habiendo demostrado el actor, como era su deber, la existencia de la sociedad anónima demandada..... falta en el juicio uno de los presupuestos procesales, no existiendo el sujeto pasivo de la obligación que se pretende deducir, y en tal virtud, por sustracción de materia, no puede el juzgador entrar al estudio a fondo del litigio, pues no hay fundamento o base para condenar ni absolver cuando falta la prueba de la existencia de la persona jurídica demandada". (*Gaceta Judicial,* tomo 52, página 603).

Pero aun en el caso de que, como lo insinúa la sentencia acusada, se aceptara en gracia de discusión y con aplicación de un generoso criterio interpretativo, que la personería sustantiva de la Compañía ferroviaria opositora aparece suficientemente demostrada con el certificado exhibido, todavía queda en pie en este proceso el vacio consistente en que ni siquiera en esa forma deficiente y distinta de la señalada por la Ley 28 de 1931 se ha podido evidenciar la existencia legal de la sociedad comercial actora. De manera tal que resulta debidamente comprobada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante, que por sí sola y sin necesidad de otra circunstancia debe producir el resultado procesal de enervar por ahora la acción incoada y la absolución del demandado en este negocio.

—

Segunda causal.—Acusa la sentencia por cuanto el Tribunal falló sobre extremos no debatidos, por lo cual no está dicha providencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Sostiene que el litigio se trabó sobre hechos que ninguna relación tienen con la existencia, inexistencia, nulidad, liquidación o disolución de ninguna de las sociedades en juicio.

Se considera:

Es evidente que ninguno de tales extremos fue el motivo o la *causa petendi* de este proceso, ni en el curso de su secuela se propusieron por alguna de las partes. Pero ya viene dicho anteriormente que el fallador de grado no podía ni debía entrar a decidir sobre el fondo de la acción invocada, sin antes dejar bien establecida la existencia de los presupuestos procesales, base de todo litigio judicial. Al hacerlo así no ha pretendido decidir nada sobre la constitución, validez o nulidad de las sociedades comerciales que figuran como partes en este litigio, sino únicamente dejar establecida la simple existencia de tales personas jurídicas en el proceso, pues de otra manera, como se ha dicho por la Corte en casos semejantes, no se podría determinar si la persona que ejercita el derecho es la misma a quien la ley faculta para ello, y si la acción se dirige contra la persona frente a la cual dispone la ley que deba hacerse valer aquel derecho. (*Gaceta Judicial,* tomo 44, página 343).

Un fallo como el acusado, en que se abstiene de decidir sobre el fondo de la acción, por estar comprobada una excepción perentoria que la enerva, no es incongruente, ya "que no es casable por la segunda de las causales de casación la sentencia del Tribunal que declara la excepción de la ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, sin que esta excepción hubiera sido materia del debate". (*Gaceta Judicial,* tomo 28, página 119).

Por las razones expuestas se rechaza este cargo.

—

Séptima causal.—Acusa la sentencia recurrida por haberse abstenido de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo. La funda en que el Tribunal estaba obligado a decidir sobre el fondo de la acción intentada.

Se considera:

Anteriormente se han expuesto a espacio las razones que existen para rechazar esta tacha y los fundamentos jurídicos que tuvo el sentenciador de Pamplona para no haber entrado a estudiar y fallar sobre el fondo del litigio. Son ellas suficientes para desestimar el reparo, sin necesidad de nuevas argumentaciones.

—

Fallo.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 26 de octubre de 1943.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Acción petitoria de pago de una suma de pesos

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

(Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango)

En el año de 1924 Domingo Trucco confirió poder general a Justino Espeleta para que le administrara todos sus bienes. El señor Trucco murió en 1926 y el señor Espeleta siguió encargado de la administración hasta cuando murió en el año de 1929. El mismo señor Espeleta era, a su turno, también apoderado del señor Pedro Trucco P., curador testamentario de la menor Leonor Trucco, hoy de Martínez, y por tales condiciones Espeleta manejó hasta su muerte, tanto los bienes de don Pedro como los de don Domingo y los de la sucesión de éste.

En el juicio de sucesión del señor Espeleta se hizo figurar a favor de éste y en contra de la señora Leonor Trucco de Martínez, un crédito por la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500) sin que se indique su origen. Ese crédito le fue adjudicado a las demandantes por partes iguales.

En el inventario que el señor Pedro Trucco confeccionó como curador testamentario de la entonces menor Leonor Trucco, se incluyó un crédito por la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1.500) en su contra y a favor del señor Espeleta. En la liquidación y partición de los bienes del señor Domingo Trucco, no se hizo hijuela para el pago de las deudas porque de los bienes de dicha sucesión, dos de ellos valiosos, se remataron para pagar todo el pasivo de la sucesión.

Las demandantes fundadas en la cartilla de adjudicación, establecieron demanda ordinaria contra la señora Leonor Isabel Trucco de Martínez, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que la señora doña Leonor Trucco de Martínez es deudora de las señoras Ester Herrera viuda de Espeleta y Lucía Espeleta de Collins, por iguales partes, de la suma de un mil quinientos pesos ($. 1.500) moneda corriente;

"b) Que la señora doña Leonor Isabel Trucco de Martínez debe asimismo a las señoras Ester Herrera viuda de Espeleta y Lucía Espeleta de Collins, por partes iguales, los intereses legales de la suma de un mil quinientos pesos ($ 1.500) desde la fecha en que esa suma debió ser pagada por la demandada, esto es, desde el 12 de febrero de 1927;

"c) Que la señora Leonor Isabel Trucco de Martínez debe pagar a las señoras Ester Herrera viuda de Espeleta y Lucía Espeleta de Collins, por partes iguales, una vez quede ejecutoriada la sentencia que haga estas declaraciones, la expresada suma de un mil quinientos pesos ($ 1.500) moneda corriente, más los intereses legales desde el 12 de febrero de 1927; y

"d) Que la señora Leonor Isabel Trucco de Martínez debe pagar las costas del presente juicio."

El Juez 1º del Circuito de Cartagena en lo Civil, por sentencia de 10 de marzo de 1943, fundado en que las demandantes no habían comprobado la existencia de la obligación que demandaban, absolvió a la demandada de todos los cargos de la demanda sin hacer condenación en costas.

Apelado este fallo por la parte demandante, el Tribunal de Cartagena, en decisión de 28 de marzo del corriente año, revocó la sentencia apelada y condenó a la señora Leonor Trucco de Martínez a pagar a Ester v. de Espeleta y Lucía Espeleta de Collins, por partes iguales, la cantidad de un mil quinientos pesos ($ 1.500) moneda corriente, más los intereses legales desde el 12 de febrero de 1927. Negó las excepciones propuestas y no hizo condenación en costas.

Ocurrió en casación la demandada y preparado el recurso con el lleno de todas las formalidades legales, se procede hoy a su estudio, en los términos siguientes:

El demandado propuso al contestar la demanda, las siguientes excepciones, con carácter de perentorias: Inexistencia de la obligación, petición antes de tiempo y de modo indebido; y error de cuenta.

El fallador de segunda instancia, contrariando la lógica jurídica, consideró primeramente las excepciones propuestas sin haber estudiado antes si la obligación que se demandaba estaba o nó probada, invirtiendo así los términos del estudio, porque lo primero que debe hacer un juzgador es examinar si la acción intentada prospera, y si ello fuere así, estudiar en consecuencia, las excepciones propuestas, que enervan o hacen inoperante la acción deducida en juico. No sobra observar que el Tribunal anota que el Juez no consideró las excepciones propuestas. No tenía por qué hacerlo, puesto que no encontró demostrada la obligación y por ello absolvió. También conviene advertir que el único fundamento que aducen las demandantes para considerarse acreedoras de Leonor Trucco de Martínez, es la inclusión de ese crédito en los inventarios de su padre Justino Espeleta.

El recurrente le hace al fallo del Tribunal de Cartagena varios reparos, que no estudiará la Sala en su integridad, porque a su juicio trae razón el recurrente respecto a los cargos formulados por violación de los artículos 1757, 1181 y 2312 del Código Civil.

En efecto, el sentenciador desechó las excepciones perentorias propuestas y dijo que de este rechazo, "surge ineludiblemente la prosperidad de la acción con apoyo en aquellas disposiciones legales que respaldan el cobro judicial de la deuda insoluta hasta ahora", cuales son los artículos 1155, 1343, 1344 y 1393 del Código Civil, disposiciones citadas por el Tribunal para deducir de ahí la obligación de la demandada de pagar la deuda que hoy se le cobra.

Esas disposiciones, en verdad, no dan asidero para deducir, a cargo de la demandada, la obligación de pagar ese crédito, porque si bien es cierto que ella representa a su padre en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, no se ha comprobado, como se verá en el discurso de este fallo, la existencia del crédito en litigio en contra de la demandada. Los artículos 1343 y 1344 se refieren al albacea y a las obligaciones que a éste y los herederos les imponen esas disposiciones por la omisión de las diligencias en ellas prevenidas, y el 1393, dicen relación al partidor.

Ahora, si al demandante le incumbe el deber de probar la obligación que piensa hacer efectiva por la vía judicial, él debe acompañar al expediente las pruebas de su aserto, cosa que a juicio de la Sala no acaece al presente, porque la inclusión de ese crédito, sin imputación alguna como se ha visto, en los inventarios de los bienes de la sucesión del supuesto acreedor, señor Espeleta, no es por sí sola prueba de la existencia de la deuda.

Podrán agregarse a estas consideraciones las que hizo el señor Juez, cuales son:

"El acto de los inventarios de un juicio de sucesión, es un acto privado que realizan los interesados, junto con sus apoderados y Síndico. Allí se pueden incluir muchos bienes, muchos créditos, muchas deudas, etc., sin que tal inclusión, sea por sí solo bastante a considerarse como cierto y efectivo. Natural y justo es presumir apenas, que desde luégo que hay una inclusión de un crédito, un bien, ún derecho en tales diligencias de inventarios, es porque posiblemente existe en realidad el derecho que se alega por los herederos o interesados; pero no ha de bastar ese solo hecho, para dar por absolutamente probado ese derecho.

"La inclusión de un crédito en una sucesión a favor de un tercero, no priva o exime a éste de comprobar al heredero su derecho legítimo, con sus títulos, causa, origen, etc. Tal inclusión lleva por finalidad la obligación del heredero a pagar aquel crédito, pero no por ese solo hecho, sino porque por las pruebas que aporte ese acreedor, se pueda deducir en derecho que es realmente acreedor.

"De la misma manera, la inclusión de un bien raíz en unos inventarios, no es título suficiente al heredero para reivindicar el bien de terceros, sino que tiene que presentar los títulos suficientemente claros y legítimos, que le den camino a su acción reivindicatoria.

"En el caso de autos no se ha traído por los interesados, siendo un deber ineludible de ellos, como prueba de su acreencia, sino las cartillas de hijuelas extendidas a su favor, en el juicio de sucesión del finado señor doctor Justino Espeleta; inclusión de dicho crédito fundado a su vez en que el tal crédito fue incluído o figura en los inventarios del juicio de sucesión del finado señor Domingo Trucco.....

"A juicio del Juzgado, pues, no se ha comprobado por los herederos del finado doctor Justino Espeleta, la existencia del crédito que demandan, por falta de título."

No habiéndose acompañado a los autos el título del crédito que hoy se cobra, y a pesar de esto haberlo reconocido, es quebrantar directamente el artículo 1757 que impone al demandante el deber de probar la obligación que demanda.

Iguales consideraciones se hacen para rechazar como prueba de la obligación la inclusión de ese crédito en el inventario solemne que hizo el curador de los bienes de su pupila, inclusión que por sí sola no prueba la obligación, y que bien pudiera dar lugar en lo general a una colusión entre el curador y el presunto acreedor.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla:*

1º Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, el veintiocho de marzo del año en curso.

2º Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida por el Juez 1º del Circuito de Cartagena, del diez de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

3º Sin costas ni en la instancia ni en el recurso.

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

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

Reivindicación

La acción de dominio es un conflicto entre el ocupante que a su tenencia material agrega ánimo de señor —corpus et animus— y que por eso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido. No cabe suponer ese conflicto sin tal pretensión en una y otra de las partes contendoras. Otras serán las acciones y recursos del dueño para recuperar cuando lo suyo es tenido por otro que no tiene ánimo de señor. La acción reivindicatoria implica necesariamente este ánimo en el demandado y no sólo en el demandante. Las reglas de la acción reivindicatoria son aplicables en los casos a que se refiere el artículo 971 del Código Civil, a los que esta disposición extiende ese procedimiento; pero conceder esta extensión no es erigir en caso de reivindicación los contemplados allí. En otras palabras, no puede entenderse el artículo 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión el mismo título que él cierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente. Diversos son los caminos por donde se llega a esa situación de mera tenencia. Preciso es distinguir entre ellos, a fin de saber cuáles son las situaciones en que son aplicables las reglas y proceder antedichos dentro del artículo 971; el poseedor material de una cosa en que está vinculado un derecho o cuota de otro, que no desconoce, pero que se niega a entregársela; el propietario de la cosa cuyo usufructo en mano ajena terminó y a quien no se le entrega porque el usufructuario se niega a hacerlo; el dueño de una cosa ocupada por otro como administrador que, sin negarle ese dominio, no se la entrega, están autorizados para acudir a ese procedimiento y obtener la aplicación de estas reglas a fin de recuperar, aprovechando la mencionada extensión concedida por aquella disposición legal, sin que por ello pueda decirse que en rigor de verdad es un reivindicante que está ejerciendo precisamente la acción de dominio, tal como si éste le fuese desconocido por el respectivo condueño, usufructuario o administrador que para no entregar adujera ánimo de señor.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Praxedis Molina demandó a la señorita Francisca León en el Juzgado Civil del Circuito de Ocaña para que se la condene a restituírle la casa de esa ciudad determinada en el libelo. La sentencia de primer grado, fechada el 3 de octubre de 1942, fue absolutoria. Apelada por el actor, el Tribunal Superior de Pamplona la confirmó, sin costas, en la de 29 de marzo de 1943, contra la cual aquél interpuso casación, recurso que hoy se decide.

Para acreditar Molina su calidad de dueño, acompañó a la demanda copia notarial registrada de la escritura número 146, otorgada ante el Notario de Ocaña el 15 de marzo de 1928, por medio de la cual compró esa finca a Felipe Cáceres.

La León manifestó no estar obligada a responder, por no ser poseedora sino mero tenedor de ese inmueble, del que señaló como poseedores a las señoritas Carmen y María Cáceres, hijas y herederas de Felipe Cáceres, a quienes aludió como verdaderos dueños, diciendo que la venta a Molina fue aparente, y sólo un medio de asegurarle una deuda que algún tiempo después le pagó, por lo cual Cáceres recuperó la finca, aunque no le otorgó Molina la escritura que a esto correspondía. Añade la León que así se explica que se estipulara pacto de retroventa, así como que durante el término de éste se reservara el vendedor el usufructo; y que Cáceres, vencido ese plazo, siguió ocupando la casa hasta su muerte, a la cual dispuso que la León siguiera habitándola sin carga alguna. Esta es la razón, según ella, de que aún la ocupe; pero como mero tenedor, porque reconoce el dominio de dichas señoritas.

Tramitada la excepción dilatoria, se decidió negándola, porque el Juzgado se fijó solamente

en que la León había dicho también que a la posesión material debía agregarse título inscrito para que se la pudiera considerar poseedor y, por ende, responsable de la acción incoada. El Juzgado, para negar, se limitó a observar lo inaceptable de este otro argumento, según auto de 1º de octubre de 1941 que quedó ejecutoriado, porque la excepcionante apeló, pero se abstuvo de proveer a la copia necesaria y quedó el recurso desierto.

Seguido el juicio, el Juzgado absolvió en sentencia que el Tribunal confirmó, como ya se dijo, fundándose ambos en que la falta de ánimo de dueño hace que la demandada no pueda reputarse legalmente como poseedor y en que sólo contra éste es procedente la acción reivindicatoria.

El recurrente acusa de quebranto de los artículos 775, 950, 952, 961, 963, 964 y, especialmente, del 971, todos del Código Civil, por errónea interpretación unos y por falta de aplicación otros. Sus razonamientos pueden resumirse así: la demandada, aunque no aduce usufructo, uso o habitación ó arrendamiento en su favor, es indudablemente tenedor ante el inciso 2º de dicho artículo 775, y el 971 declara aplicables las reglas del título a que pone fin contra el mero tenedor, al decir que ellas son aplicables "contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor". Acusa de errónea la sentencia por haberse denegado a acoger la demanda, a pesar de este precepto, y por haber dejado, consecuencialmente, de aplicar las disposiciones pertinentes de la acción reivindicatoria que imponían la condenación demandada.

Se considera:

Nuestra ley define la reivindicación, que llama también acción de dominio, en función de su finalidad al decir que aquélla es la que asiste al dueño de una cosa singular de que no está en posesión "para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla" (Código Civil, artículo 946). El Título XII del Libro 2º de ese Código, que es el que dedica a esta acción, tiene capítulo separado, el 2º, sobre "quién puede reivindicar", y en él exige propiedad plena o nula en el actor (artículo 950) o al menos que se halle en el caso de poder ganar por prescripción (artículo 951). Y tiene capítulo separado, el 3º, sobre "contra quién se puede reivindicar", y allí se lee, artículo 952, "la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor". A renglón seguido, artículo 953, habla del mero tenedor; pero no en manera alguna para señalarlo como posible demandado, sino, por el contrario, para obligarlo "a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene", a fin de señalárselo al demandante; de suerte que el artículo 954 impone indemnización de perjuicios al que "de mala fe se da por poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo".

Todo esto reafirma lo que ese Código, como acaba de verse, establece al definir la acción reivindicatoria y al precisar contra quién procede, fijando al poseedor como sujeto responsable. De otro modo, no sólo incurriría en grave contradicción, sino que desnaturalizaría la acción de dominio. Esta es un conflicto entre el ocupante que a su tenencia material agrega ánimo de señor —*corpus et animus*— y que por eso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido.

No cabe suponer ese conflicto sin tal pretensión en una y otra de las partes contendoras. Otras serán las acciones y recursos del dueño para recuperar cuando lo suyo es tenido por otro que no tiene ánimo de señor. La acción reivindicatoria implica necesariamente este ánimo en el demandado y no sólo en el demandante.

Las reglas de la acción reivindicatoria son aplicables en los casos a que se refiere dicho artículo 971, a los que esta disposición extiende ese procedimiento; pero conceder esta extensión, no es erigir en casos de reivindicación los contemplados allí. En otras palabras, no puede entenderse el artículo 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión el mismo título que él cierra, identificando con ella la mera tenencia, a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor, en tesis general e indiscriminadamente.

Diversos son los caminos por donde se llega a esa situación de mera tenencia. Preciso es distinguir entre ellos, a fin de saber cuáles son las situaciones en que son aplicables las reglas y proceder antedichos dentro del artículo 971; el poseedor material de una casa en que está vinculado un derecho o cuota de otro, que no desconoce, pero que se niega a entregársela; el propietario de la cosa cuyo usufructo en mano ajena terminó y a quien no se le entrega porque el usufructuario se niega a hacerlo; el dueño de cosa ocupada por otro como administrador que, sin negarle ese dominio, no se la entrega, están autorizados para acudir a ese procedimiento y obtener la aplicación de estas reglas, a fin de recuperar, aprovechando la mencionada extensión concedida por aquella disposición legal, sin que por ello pueda decirse que en rigor de verdad es un reivindicante que está ejerciendo precisamente la acción de dominio tal como si éste le fuese desconocido por el respectivo condueño,

usufructuario o administrador que para no entregar adujeran ánimo de señor.

En el presente caso, como ya se dijo, la demandada se apresuró a declarar que no tiene este ánimo y que, por lo mismo, no es poseedora, recordando así con acierto la diferencia que la ley establece, al tenor de los artículos 762 y 775 del Código Civil, entre la posesión y la mera tenencia.

El reconocimiento de que la acción reivindicatoria, tal como la define, encauza y reglamenta ese Código, no puede dirigirse válidamente sino contra el poseedor, ha sido tarea constante, no sólo de esta Sala, sino de las autoridades judiciales en general, en toda época. Innecesario es y hasta fastidioso sería, en lo tocante a la Corte, hacer la lista de los fallos a que se alude.

El recurrente cita varios que, en su entender, establecen la tesis sustentada por él en su recurso. Al estudiarlas se encuentra que no hay tal. Posible es que párrafos aislados de algunas de ellas permitan a primera vista esa interpretación; pero lo indicado para precisar la doctrina y alcance de cada fallo es tomarlo en su conjunto y, sobre todo, no prescindir de su conexión con las peculiaridades del respectivo asunto, puesto que ellas han de tenerse en cuenta en cuanto condicionan las expresiones, los conceptos y la decisión del sentenciador.

Los fallos en que el recurrente cree encontrar apoyo a su tesis en referencia, son los siguientes:

El de 31 de agosto de 1932 (*Gaceta Judicial*, tomo XL, páginas 468 y siguientes). El pleito versaba sobre reforma de una partición en causa mortuoria para que en ella se admitiera a la demandante como heredera del *de cujus* y figurara cierto inmueble. La demanda se siguió contra el interesado en la mortuoria y también contra quien a la sazón ocupaba esa finca. La sentencia fue favorable a la actora en sus pretensiones herenciales; pero ese ocupante fue absuelto. Esto provino de que, si bien se pidió la restitución de la finca, no se señaló a esta persona como poseedor. Al manifestar la Sala su extrañeza por tan grave defecto de la demanda, no sin insistir como siempre en que la acción reivindicatoria se dirige contra el poseedor, agregó de paso que en fallo anterior, citado allí, se había dicho que en su caso puede dirigirse contra el tenedor. Y en seguida, en esa sentencia de 1932, vuelve a reiterar la Sala su concepto de que es el poseedor el sujeto de esa acción.

La sentencia anterior de cuya cita acaba de hablarse y que ahora también aduce el recurrente, es la de 19 de septiembre de 1913 (*Gaceta Judicial*, tomo XXIII, páginas 324 y siguientes). El pleito versó, entre otros temas, sobre la restitución de unos semovientes del actor administrados y enajenados por el reo, y en lo atañedero a esta súplica, que es lo pertinente a la referida tesis del recurrente en el presente juicio, no dijo la Sala en forma general sin discriminación, ni tampoco categóricamente, que el tenedor responda de la acción reivindicatoria, sino simplemente, contemplando las características del caso, que el demandado debía responder de su administración, como todo mandatario o agente oficioso, y añadió conceptos al tenor de los cuales, si los aludidos semovientes hubieran estado aún en poder del demandado, habría sido procedente la acción de restitución ante el artículo 971 del Código Civil. Bien se ve que, dada la peculiaridad de las circunstancias, el concepto sobre aplicabilidad de esta disposición, en tal evento, no implica afirmación de que en todo caso baste la mera tenencia para que quien la ejerce sea demandable con acción de dominio.

En la sentencia de 26 de febrero de 1936 (*Gaceta Judicial*, tomo XLIII, páginas 736 y siguientes) esta Sala, lejos de sugerir siquiera esa tesis, insistió en la contraria. De ella es esta frase sobre la acción real de dominio: "no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste".

La sentencia de 23 de octubre de 1939 (*Gaceta Judicial*, tomo XLVIII, páginas 744 a 754), recayó a litigio sobre reivindicación de un lote de terreno y, separadamente consideradas, sobre ciertas mejoras puestas en él por el demandado, quien fue vencido. En su recurso de casación alegó que el suelo era ajeno y que, por tanto, no siendo él poseedor, no respondía de la acción reivindicatoria. La Corte desechó esta alegación, no porque estimara que ese demandado recurrente era en realidad mero tenedor y a pesar de eso estuviera bien dirigida esa acción contra él, sino porque encontró que a lo largo del pleito había sostenido pretensión de dominio y aducido títulos que en su sentir se lo acreditaban. Determinada así por la Sala la situación de este litigante, lo que fue clave de su decisión al respecto, agregó de paso que las alegaciones sobre que el dueño era o podía ser un tercero significaban el abandono de la presunción de dominio con que la ley favorece al poseedor. Bien se ve cuán distinto es todo esto de declarar que el tenedor responde de la acción reivindicatoria.

Otra sentencia citada por el recurrente es la de 22 de septiembre de 1943 (*Gaceta Judicial*, tomo LVI, páginas 144 a 149). La trae a cuento porque ella hace referencia a la de 1939 de que acaba de hablarse. Claro es que esta referencia no puede alterar el alcance y sentido de ese fallo. Se observa que en el pleito decidido en 1943 no se discutía la personería de la parte demandada, ni se contendió sobre si la acción puede dirigirse contra quien sólo ejerce mera tenencia.

Así, pues, ese fallo y caso no es pertinente, a la tesis de que aquí se trata.

Lo que aconteció en el presente pleito fue que el Tribunal, al observar que la demandada, por no tener ánimo de dueño, no es poseedor, encontró que no está obligada a responder de demanda reivindicatoria. Y como todo ello es así, sin que para estimar así los hechos errara en la apreciación de la demanda o de prueba alguna, y como efectivamente esa acción no puede dirigirse sino contra el poseedor y no se está en caso en que las reglas sobre ella pudieran aplicarse tratándose de mero tenedor, es claro que el Tribunal no incurrió en el quebranto de disposiciones legales sustantivas de que se queja el recurrente y en que hace consistir su acusación. Vale esto como decir que el recurso no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea la pronunciada en este juicio el veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

Acción de filiación natural

Es doctrina constante y reiterada de la Corte de Casación la de 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, seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda).

Emilia Arango T., obrando en su carácter de representante legal de sus menores hijos naturales Myriam, Silvio, Betty y Amparo Arango, promovió el 30 de marzo de 1938, por medio de apoderado, juicio ordinario ante el Juez Civil del Circuito de Buga, contra Carmen Arzayús de Saavedra y Julia Arzayús de Salazar, hermanas naturales de Rafael Arzayús Escobar, muerto el 12 de marzo de aquel año, y pidió que por sentencia definitiva se declarara que los menores antes nombrados son hijos naturales de Rafael y que, por consiguiente, éste tiene respecto de ellos la calidad de padre natural.

El 18 de abril del indicado año reformó la demanda, en el sentido de dirigirla también contra la sucesión de Rafael Arzayús Escobar, representada por dichas hermanas.

Posteriormente, el 7 de octubre del citado año, promovió nuevo juicio contra Tulia Arzayús de Salazar y Carmen Arzayús de Saavedra, y contra otras personas, en el cual ejercitó las siguientes acciones:

A.—La de filiación natural de los expresados menores, con relación a Rafael Arzayús Escobar.

B.—La de nulidad del testamento verbal otorgado por éste.

C.—Subsidiariamente, la de reforma de ese testamento.

D.—La de petición de herencia, dirigida especialmente contra las herederas Arzayús de Salazar y Arzayús de Saavedra.

E.—La de restitución de los bienes transferidos a terceros y que pertenecían a la referida sucesión.

Más tarde, el 19 de julio de 1939, se hizo otra corrección de la última demanda, por medio de la cual se modificaron tanto las súplicas principales como las subsidiarias.

El 9 de septiembre de 1939 el Juez *a quo* decretó, a petición de parte, la acumulación de los dos juicios, providencia que confirmó el Tribunal el 14 de noviembre de ese año, quedando así en firme.

Agotados los trámites correspondientes a la primera instancia, el Juez del conocimiento pronunció la sentencia del diez y ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en la que negó todas las peticiones de las demandas y absolvió a los demandados de los cargos formulados contra ellos, sin condenar en costas.

Consideró el juzgador que no obstante la jurisprudencia de la Corte sí es viable la acción de filiación natural iniciada después de muerto el pretenso padre, pero absolvió a los demandados porque no encontró probados los hechos fundamentales de las demandas.

Apelada esa sentencia por la parte demandante y surtida la actuación propia del segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga decidió el asunto el diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, así:

"Confirma la sentencia apelada declarando probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandada. En consecuencia, no hay lugar a ninguna de las declaraciones formuladas como parte petitoria de la demanda, quedando así absuelta la parte demandada. Dése cumplimiento al artículo 521 del Código Judicial.

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

La sentencia transcribe lo pertinente de algunas decisiones de esta Sala, y luégo dice:

"Este Tribunal había venido apartándose de la doctrina de la Corte y reconociendo, en varios fallos, que los parientes del pretendido padre sí era legítimo contradictor; pero dichos fallos han sido infirmados por la Corte Suprema, como puede verse en la sentencia de esa honorable entidad fechada el 11 de marzo de 1943, publicada en la *Gaceta Judicial* números 1993 a 1995, página 53. Y en vista de la insistencia de la Corte en su doctrina, el Tribunal, en sentencia del 30 de noviembre de este año, cambió de parecer y acogió la fuerza doctrinal del fallo de la honorable Corte."

El recurso.

Interpuso recurso de casación la parte demandante, el que habiendo sido admitido y tramitado legalmente, se decide hoy.

El apoderado de la parte recurrente considera que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea, y señala como violados los artículos 17, 27, 30, 91, 93, 216, 219, 220, 221, 222, 223, 232, 305, 306, 307, 401, 402, 403, 404, 1155, 1504 y 2630 (sic) del Código Civil; 58 de la Ley 153 de 1887, y 4, 6, 7, 8, 10, 12, 20 y 29 de la Ley 45 de 1936.

El recurrente hace una extensa exposición, con la cual aspira a que la Corte cambie la reiterada doctrina que tiene sentada en relación con el punto fundamental que se discute de nuevo en este proceso, cual es la viabilidad de la acción de filiación natural después de muerto el presunto padre, pero como esa doctrina ha sido acogida, después de estudios muy detenidos en más de quince fallos, y la Sala no encuentra ahora que haya motivos suficientemente fundados para variarla, reitera una vez más aquella jurisprudencia al decidir este recurso, y al efecto reproduce aquí lo dicho en sentencia del veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, publicada en la *Gaceta Judicial*, tomo LV, página 302, que fue transcrita en los fallos de 17 de noviembre de 1943 y 19 de julio de 1944.

"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 plantear 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.

"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 replantarse 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 prepararán 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 de uniformar la jurisprudencia."

No prospera, por tanto, el recurso que se examina, y no es el caso de infirmar la sentencia acusada.

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 proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Cuantía de la acción

Cuando el actor fija en su demanda la cuantía de la acción, su estimación es intocable posteriormente, siempre que el demandado no la haya objetado.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Con el fin de obtener la declaración de nulidad de ciertos actos y contratos y, consecuencialmente, la restitución del inmueble determinado en el libelo y el pago de sus frutos, demandó en vía ordinaria Marco A. Molina a Jorge A. González, Justo Elías Farieta, José Kruker y Simón Contreras, poseedor actual este último de ese bien, y el Juzgado 6º Civil de este Circuito, sustanciada la primera instancia, la sentenció el 3 de junio de 1942 absolviendo a los demandados de todos los cargos de la demanda. Apelada, el Tribunal Superior cerró la segunda instancia en fallo de 19 de julio de 1944 que, revocando aquélla, declaró las nulidades aludidas y condenó a Contreras a entregar el inmueble Potrero Negro, ubicado en Guachetá, a la sucesión de María Antonia Barrero de Gutiérrez.

Contra este fallo el apoderado de Contreras, doctor Leonidas Castillo, interpuso casación y el Tribunal le negó este recurso en auto de 22 de septiembre último, cuya reposición negó también en el de 24 de octubre que decretó las copias oportunamente pedidas por Castillo para recurrir de hecho.

Este recurso es el que ahora estudia la Corte.

La negativa se funda en que la cuantía del pleito es inferior a la requerida por el artículo 519 del Código Judicial, porque el demandante la fijó en su libelo en $ 2.900 y esta cifra no fue discutida ni reclamada por los demandados y, por ende, quedó en firme.

El recurrente arguye que son varias las acciones ejercitadas y que no se puede precisar cuál de ellas sea la estimada en los dichos $ 2.900, por lo cual y valiendo el terreno mucho más, el pleito sobrepasa los $ 3.000 requeridos, desde el punto de vista de la cuantía, por el citado artículo 519.

El Tribunal no acoge estas reflexiones, sino que reputa como cuantía del pleito mismo, y, por tanto, de las varias acciones incoadas, la que libremente tuvo a bien señalar el actor y que quedó intocada por la ausencia de reclamo de su contraparte. Entiende el Tribunal que esa fijación rige para todos los efectos pertinentes y no sólo para la inicial determinación de la competencia del Juez de primera instancia, por lo cual, estando entre tales efectos lo atinente a cabida del recurso de casación, éste no procede aquí.

Como se ve, el Tribunal se ajusta a la doctrina que ha prevalecido al respecto en esta Sala, según diversos fallos, entre los cuales debe citarse el de 30 de agosto de 1940 (*Gaceta Judicial,* tomo L, páginas 11 a 15) que contienen a la vez las razones de la mayoría y las de los Magistrados que salvaron su voto. Aunque éstos, o sea los doctores Cepeda y Salamanca, no variaron de opinión, concurrieron a las providencias de 31 de agosto y 2 de septiembre de 1942 (*Gaceta Judicial,* tomo LIV bis, páginas 38 a 40), sin formular, por estimarlo innecesario, nuevo salvamento. Y de otro lado, en ocasión en que ellos no formaban parte de la Sala, como se ve en providencia de 11 de febrero de 1938 (*Gaceta Judicial,* tomo XLVI, página 115), por unanimidad esta Sala declaró no haber lugar a casación en pleito análogo al presente, diciendo:

"La fijación de la cuantía, en principio, tiene por objeto determinar o fijar la competencia del Juez; pero puede suceder, y sucede muchas veces, que el demandante señala desde la iniciación de la demanda el valor de su acción fijando el límite o máximun de ésta. Cuando esto sucede, como en el presente caso, esa estimación es intocable posteriormente, siempre que el demandado no la haya objetado. No puede, por lo tanto un Tribunal ni encontrar motivo de duda en el valor de una acción así determinada, ni mucho menos sobreponerse a la fijación hecha por el directamente interesado como es el demandante. No juega papel el hecho de que los contratos u obligaciones sobre que versa la de-

manda aparezcan con un valor mayor, si el mismo demandante les asignó uno menor al iniciar el pleito. Como en el presente el demandante estimó que su acción, que su interés valía menos de tres mil pesos, desde el principio del juicio esa acción quedó fuera de recurso de casación al tenor del artículo 519 ya citado."

La mayoría de la Sala actual persevera en estos conceptos, no sin respetar los que determinaron los referidos votos disidentes.

Como queda sugerido, en el presente pleito los demandados no hicieron uso del derecho que les confiere el artículo 206 del Código Judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decide el presente recurso de hecho declarando que está bien denegado el de casación en la causa en referencia, y ordena comunicar esta resolución al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Notifíquese.

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

Acción de nulidad de una escritura.—Embargo

El embargo de una finca raíz tiene por objeto garantizar los derechos de las partes y los de terceros. Estos no tienen otro medio de información respecto de la situación de una finca raíz sino el certificado del Registrador respectivo; las partes, especialmente en un juicio ejecutivo, tienen como información directa, el juicio, lo que en él consta, por lo mismo que es debido a sus gestiones y peticiones como se adelanta el proceso. Ya había dicho la Corte, en sentencia del 2 de abril de 1894 ("Gaceta Judicial", tomo IX, página 259) que "el embargo de una finca raíz en un juicio ejecutivo queda cancelado de derecho desde la fecha de la admisión del desistimiento de la ejecución y del consiguiente desembargo de bienes, aunque no haya sido expresamente cancelada la nota de registro respectivo"; y en sentencia de 25 de agosto de 1914 ("Gaceta Judicial", tomo XXIV, página 194), que "el embargo de una finca en un juicio ejecutivo queda terminado desde el momento en que el Juez admite el desistimiento de la ejecución y ordena el consiguiente desembargo. No es la cancelación material en los libros de Registro sino el mandato del Juez lo que hace desaparecer la traba ejecutiva. "Claro es esto, porque el registro se retrotrae, lo mismo que su cancelación, a la fecha del acto o de la orden respectivas; así, desembargada una finca en cierto día y registrado el desembargo por el Registrador, o mejor, cancelado el embargo cuatro o cinco días después, como sucede con frecuencia, se estima que el inmueble estaba desembargado desde el día en que se dictó el auto respectivo.

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

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

Rosendo González adelanta juicio ejecutivo contra Mercedes Moncada en el Juzgado Municipal de San Cayetano. En ese juicio fue embargado el predio rural denominado "La Playa", ubicado en la vereda de Hatoviejo, jurisdicción de dicho Municipio. El ejecutante González cedió su crédito y sus derechos en ese juicio a Luis Antonio Prieto, quien fue reconocido como cesionario del ejecutante.

Por escritura 305 de 11 de junio de 1941, de la Notaría de Pacho, aparece Mercedes Moncada García vendiéndole dicho predio a Luis Enrique León Quiroga.

El cesionario y ejecutante Prieto entabló acción ordinaria para que se decretara la "nulidad absoluta de la escritura pública 305", así dice la demanda, por cuanto en la fecha del otorgamiento de tal instrumento, el inmueble materia de la venta se encontraba legalmente embargado en el juicio ejecutivo de que se ha hecho mención.

El Juez del Circuito de Pacho absolvió a los demandados Mercedes Moncada y Luis Enrique León Quiroga, de todos los cargos de la demanda por cuanto encontró probada la excepción de carencia de personería sustantiva en el actor. Sentencia de 23 de junio de 1942, que apelada por el demandante, fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá, el que accedió a las declaraciones impetradas en la demanda. Sentencia de 10 de abril de 1944.

Tales son los antecedentes de este pleito, de que hoy conoce en casación la Corte, por haber interpuesto el recurso la parte demandada.

El Tribunal halló que la personería del demandante Prieto está acreditada y habiendo encontrado que el predio rural de "La Playa" estaba embargado cuando se hizo la escritura 305, por aplicación de los artículos 1741 y 2º de la Ley 50 de 1936, decretó las nulidades impetradas.

El recurso va encaminado a combatir esos dos fundamentos de la sentencia.

Sostiene el recurrente que el actor Prieto carece de personería para entablar la presente acción y que al concluir lo contrario el Tribunal violó el artículo 1960 del Código Civil.

Para responder a este cargo basta considerar lo siguiente: Al folio 4º del cuaderno número 3 aparecen las siguientes piezas tomadas del juicio iniciado por Rosendo González contra Mercedes Moncada: a) Memorial de la ejecutada Moncada dirigido el 4 de junio de 1941 al Juez Municipal de San Cayetano pidiéndole que se sirva fijar la suma que debe consignar para asegurar el pago de la deuda y las costas del juicio y que una vez hecha la consignación se desembarguen los

bienes embargados. b) A este memorial que tiene fecha de presentación de 5 de junio recayó el auto de 6 del mismo mes en el cual el Juez, al tenor de lo preceptuado por el artículo 1018 del Código Judicial fijó como cantidad suficiente para responder del pago de la ejecución la suma de $ 123 con 15 centavos moneda corriente; c) Diligencia de consignación verificada el 6 de junio de dicho año en la que aparece que Mercedes Moncada consignó en dinero la suma fijada por el Juez; d) Auto de 9 de junio de 1941, en el cual se ordena el embargo de la suma consignada por la ejecutada y se decreta el desembargo de los bienes embargados en el juicio; e) Constancia de 9 de junio de la que aparece que con oficio número 32 de la fecha indicada se comunicó al Registrador de Pacho el desembargo de los bienes trabados en este juicio.

De la diligencia de inspección ocular practicada sobre el expediente del juicio ejecutivo el 29 de octubre de 1941 (fojas 5 y siguientes del cuaderno número 2), aparece un recibo por $ 124.30 moneda corriente, suscrito por el ejecutante Rosendo González en el que dice que recibió de Luis Antonio Prieto dicha suma, pago que hizo por cuenta de la ejecutada Mercedes Moncada. En virtud de este pago y a virtud de petición hecha por González se dictó el auto de 19 de mayo de 1941 en el que admite la subrogación y consiguiente cesión de los derechos del ejecutante a favor del cesionario Luis Antonio Prieto.

Este auto fue notificado personalmente a Luis Antonio Prieto el 19 de mayo de 1941 y a la ejecutada el 23 de junio de ese año.

Se verificó, pues, el fenómeno de la subrogación en la forma establecida por el artículo 1669 del Código Civil y la notificación que se hizo a la ejecutada llenó el requisito del artículo 1961 de dicha obra. Vino, pues, Luis Antonio Prieto a ocupar la posición que tenía Rosendo González como acreedor y como ejecutante, es decir, a subrogarlo, a reemplazarlo en sus derechos y acciones, de donde se concluye que adquirió en virtud de esa subrogación la personería sustantiva y adjetiva del cedente.

Pero si esto es así, y si por este aspecto el cargo no puede prosperar, existe otro al cual se refiere el recurrente, y es el que atañe al interés jurídico del demandante Prieto en este juicio. Ya se vio que la ejecutada Moncada hizo la consignación en la forma a que se refiere el artículo 1018 del Código Judicial, cuyo tenor es el siguiente: "Puede el deudor en cualquier estado del juicio impedir el embargo de bienes y hacer cesar el que se haya hecho, consignando una cantidad suficiente como caución para el pago de la deuda y las costas, cantidad que se entrega al secuestre y se considera embargada". En virtud de esta norma, de sus efectos jurídicos y legales, de la aceptación de la consignación por el Juez y del auto de 9 de junio de 1941, la parte ejecutante perdió el derecho de seguir persiguiendo la finca embargada, o sea el predio de "La Playa", porque en su reemplazo quedó embargada la cantidad que consignó la ejecutada. El acreedor y ejecutante tiene derecho a que le pague el deudor ejecutado, pero ese derecho no va hasta impedirle sacar de la traba ejecutiva el bien primeramente embargado, para reemplazar ese embargo por la cantidad que se le cobra. Resulta de lo anterior que al demandante no le asiste el interés jurídico para incoar este pleito, porque su interés en el juicio ejecutivo seguido en San Cayetano es de que se le pague la cantidad de dinero que Rosendo González cobra a Mercedes Moncada, pero no que se le pague precisamente con el producto del remate del predio de "La Playa" ni mucho menos con este predio. Lo anterior se ve de bulto si se considera que aun cuando se decretara la nulidad impetrada en la demanda, en nada quedaría favorecido el demandante, porque estando reemplazado el embargo de esa finca en el juicio ejecutivo mencionado, por una cantidad de dinero, es con ésta con la que se le debe pagar al actor y no con el precio que en el remate pudiera obtenerse de dicha finca. Varias veces se ha referido la Corte a lo que constituye el interés jurídico para demandar, entre otras, en la sentencia de 22 de agosto de 1940 (*Gaceta Judicial*, XLIX, número 1959) que cita el recurrente.

El cargo debe por lo tanto prosperar, y la Corte llega a la misma conclusión que el Juez *a quo*, el cual al deducir, como era lo jurídico, la excepción perentoria de carencia de la personería sustantiva del demandante Prieto, absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

Siendo así las cosas, es inoficioso estudiar el segundo cargo, aunque sí juzga la Corte oportuno referirse a él, para rectificar también por este aspecto la doctrina del Tribunal, respecto del embargo de la finca de "La Playa" el día en que se otorgó la escritura 305.

De la copia tomada del juicio ejecutivo mencionado y de la diligencia de inspección ocular, se saca en limpio: Que Rosendo González instauró juicio ejecutivo contra Mercedes Moncada; que en esa ejecución se embargó el predio de "La Playa", embargo que fue decretado y se comunicó el 29 de octubre de 1940; que en mayo de 1941 la ejecutada hizo el pago de lo que se le cobraba, apoyada en el artículo 1018 del Código Judicial, que en virtud de ese pago, hallado bien por el Juez, se decretó el desembargo de "La Playa" por auto de 9 de junio de 1941, y en la misma fecha se comunicó el desembargo al Registrador del Círculo de Pacho; que Luis Anto-

nio Prieto, no es un tercero en ese juicio sino ejecutante, que él sabía la consignación que para el pago del crédito había hecho Mercedes Moncada el 6 de junio de 1941 y que Prieto había sido reconocido cesionario desde antes o sea el 19 de mayo de 1941.

Todo lo anterior quiere decir y significa que Luis Antonio Prieto estaba al corriente del pago, de la consignación, de las consecuencias de ella, del desembargo del predio de "La Playa", de manera que no puede sostenerse que sus derechos de acredor no estuvieran garantizados porque estaba hecha la consignación. Sabía, por lo tanto, o debía saber, porque la ignorancia de la ley no sirve de excusa, cuáles eran las consecuencias del pago hecho por la ejecutada, de conformidad con el artículo 1018 del Código Judicial, y según lo ordenado por el Juez.

El embargo de un bien tiene por objeto garantizar los derechos de las partes y los derechos de terceros. Estos no tienen otro medio de información respecto de la situación de un bien, sino el certificado del Registrador respectivo; las partes, especialmente en un juicio ejecutivo, tienen como información directa, el juicio, lo que en él consta, por lo mismo que es debido a sus gestiones y peticiones, que se adelanta el proceso. Por eso son pertinentes las siguientes doctrinas de la Corte: En sentencia de 2 de abril de 1894 (*Gaceta Judicial,* tomo IX, página 259), dijo lo siguiente: "El embargo de una finca raiz en un juicio ejecutivo queda cancelado de derecho desde la fecha de la admisión del desistimiento de la ejecución y del consiguiente desembargo de bienes, aunque no haya sido expresamente cancelada la nota de registro respectivo". Esta misma doctrina fue reproducida textualmente en sentencia de 25 de agosto de 1914 (*Gaceta Judicial,* tomo XXIV, página 194). En esta última sentencia se dijo además lo siguiente: "El embargo de una finca en un juicio ejecutivo queda terminado desde el momento en que el Juez admite el desistimiento de la ejecución y ordena el consiguiente desembargo. No es la cancelación material en los libros de Registro sino el mandato del Juez lo que hace desaparecer la traba ejecutiva."

Y es claro lo anterior, porque el registro se retrotrae, lo mismo que su cancelación, a la fecha del acto o de la orden respectivas; así, desembargada una finca en cierto día y registrado el desembargo por el Registrador, o mejor, cancelado el embargo cuatro o cinco días después, como sucede con frecuencia, se estima que el inmueble estaba desembargado desde el día en que se dictó el auto respectivo.

Si como está plenamente acreditado en autos el desembargo de la finca de "La Playa" y la nota pasada al respecto al Registrador de Pacho, fue anterior en dos días al otorgamiento de la escritura 305, debe concluirse que la finca vendida por medio de ella, o sea el predio de "La Playa", no estaba fuera del comercio el 11 de junio de 1941, o sea el día de la venta, y que no hubo por lo tanto objeto ilícito en la enajenación, y por haber considerado lo contrario el Tribunal, aplicó indebidamente el artículo 1521 del Código Civil, así como aplicó indebidamente los artículos 15 de la Ley 95 de 1890 y 2º de la Ley 50 de 1936, al considerar que el demandante Prieto tiene interés jurídico para incoar el presente juicio.

Por último, aunque las partes fueron renuentes a cumplir con lo dispuesto por el Tribunal en su auto para mejor proveer, y al demandante Prieto le hubiera sido muy fácil probablemente cumplirlo, y estaba interesado en ello, desde que el Registrador de Pacho registró la escritura 305, debe presumirse que fue porque recibió la nota de desembargo que respecto del predio de "La Playa", le envió el Juez Municipal de San Cayetano, según consta en el respectivo expediente. Es cierto que en la demanda se dice que tal cancelación se hizo en virtud de una nota u oficio apócrifo o falso, pero este extremo que ha debido demostrar el actor, no tiene el menor respaldo en los autos.

Se han alegado y hasta aducido algunas pruebas con las que se pretende establecer que la venta de Mercedes Moncada a Luis Enrique León Quiroga es simulada, pero sobre esto no puede pronunciarse la Corte, porque la acción de simulación no ha sido impetrada.

El actor pidió la nulidad de la escritura 305, petición mal hecha porque de lo que se trata en este juicio es de la nulidad del contrato recogido en esa escritura, cosa muy distinta, pero como dadas algunas expresiones de la demanda, puede ésta interpretarse en el sentido de que de lo que se trata es de la nulidad del contrato, esa equivocación queda subsanada. Se advierte lo anterior por un criterio de técnica y no porque tal equivocación tenga ninguna incidencia en el pleito, desde luégo que al casarse la sentencia, el fallo que la reemplaza, que es el mismo del Juez *a quo,* es absolutorio.

Y de ese fallo debe también quedar en pie la orden para que se investigue por las autoridades correspondientes la responsabilidad en que hayan podido incurrir los funcionarios a cuyo cargo estaba el Juzgado Municipal de San Ca-

yetano, dentro del curso del ejecutivo seguido por Rosendo González contra Mercedes Moncada, porque en la sustanciación de ese juicio aparecen, por lo menos a primera vista, ciertas irregularidades o informalidades, que no afectan, según se ve de la diligencia de inspección ocular, ni la consignación hecha por la ejecutada para obtener el desembargo de "La Playa", ni el auto que decretó el desembargo de dicho inmueble, ni la constancia de que se envió la nota de desembargo al Registrador respectivo, pero que no por todo esto dejan de presentarse como irregularidades que pueden acarrear responsabilidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida, o sea la de fecha diez de abril del año en curso, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar *confirma* la de primer grado, dictada por el Juez del Circuito de Pacho, el veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas en el recurso.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Acción de perjuicios

1. La interpretación de los contratos en el campo de casación civil, es por su propia naturaleza una cuestión de hecho. Su calificación jurídica sí es cuestión de derecho.

2. Ya ha dicho la Corte que "la parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del Código Civil y a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 ibidem; pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratante diligente, la niega implícitamente al que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, como lo impone la buena fe que es principio básico del derecho contractual, porque la ejecución simplemente unilateral de un contrato sinalagmático pugna con la justicia y es inconciliable con la economía y el espíritu de ese acto jurídico. La acción de cumplimiento corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía o que está pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de otra manera el demandado no sería moroso en virtud del principio consignado en el artículo 1609 del Código Civil que traduce en fórmula positiva el aforismo de que "la mora purga la mora".

3. La reparación de perjuicios por violación contractual, como lo tiene establecido la jurisprudencia sobre los términos precisos del artículo 1546 del Código Civil, es una consecuencia de la resolución o del cumplimiento del contrato, y la acción para obtenerla es accesoria y subordinada de cualquiera de las dos principales.

4. El problema de la acumulación de responsabilidades, consistente en saber si la infracción de una obligación contractual sólo da derecho al acreedor para demandar la correspondiente indemnización por la vía legal de las correspondientes acciones contractuales o si puede perseguir la reparación del daño por la vía delictual o cuasidelictual, lo tiene resuelto nuestra jurisprudencia en el sentido de que no es posible.

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

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

Con fundamento en la Ley 95 de 1937, que autorizó al Municipio de Bogotá para organizar y efectuar un sorteo extraordinario de lotería con motivo del IV centenario de Bogotá, se dictó el Acuerdo número 50 de 1937, por medio del cual el Concejo de la capital organizó la "Lotería del Centenario" como empresa municipal, administrada por una Junta, un gerente y otros empleados.

El doctor José Luis Trujillo Gómez, por medio del gerente, propuso a la Lotería del Centenario un plan de venta de billetes que él denominó "Suscripción Cívico-Social" y que consistía en que el proponente, en calidad de agente de la lotería, vendía billetes a sociedades, compañías, empresas, asociaciones, etc. mediante invitación que se les hacía a colaborar por este medio a la celebración del centenario de Bogotá, insinuándoles que las ganancias que se obtuvieran podrían destinarse a bonificar extraordinariamente a sus empleados y obreros, o a instituciones de beneficencia y utilidad común de la capital, totalmente o con participación de la empresa y de los empleados. Trujillo haría los gastos de empleados, transportes, comunicaciones postales y eléctricas para el desarrollo de su plan, debiendo pagar de contado a la lotería el valor de los billetes que colocara en desarrollo de su plan de ventas, en cambio de lo cual la Lotería del Centenario se obligaba a reconocerle el 10% de comisión sobre el valor de billetes vendidos en Bogotá, y el 12% sobre los que se vendieran en el resto del país, debiendo en este último caso convenir con los agentes locales de

la Lotería la comisión a cobrar por la venta de billetes dentro del plan cívico-social.

Trujillo Gómez, en su convenida condición de agente vendedor de billetes de la Lotería del Centenario, dio comienzo a sus actividades y en ellas invirtió tiempo y dinero, hasta que la Junta Administradora de la Lotería ordenó suspender las gestiones de la suscripción cívico-social por considerar que el sistema de intermediario podría causar complicaciones y por convenir más a la empresa la colocación directa de sus billetes. Consideró entonces Trujillo que de esta manera el Municipio violaba y desconocía un contrato con él celebrado, por lo cual se le causaban perjuicios cuantiosos consistentes en los porcentajes que le habrían correspondido en la venta de numerosos billetes, en los gastos hechos en propaganda, transportes, empleados y demás actividades preparatorias, fuera de los daños morales que se le causaban por el descrédito a que lo exponían con las empresas comerciales.

Tales los antecedentes que dieron origen y motivo a la demanda que José Luis Trujillo Gómez dirigió contra el Municipio de Bogotá, representado por su Personero Municipal, el día 4 de octubre de 1938, para que se le condenara a lo siguiente:

"1) A indemnizar al demandante los perjuicios que se le causaron por el Municipio de Bogotá, demandado, con la violación y desconocimiento del contrato celebrado por la Lotería del Centenario con el suscrito José Luis Trujillo Gómez sobre venta de billetes de esa Lotería por el sistema o plan que se denominó 'Suscripción Cívico-Social', contrato de fecha 14 de enero de 1938.

"2) A pagar al demandante, dentro del plazo que la sentencia señale, en dinero efectivo, la cantidad de $ 50.000 o la que se fijare por peritos en la secuela del juicio, monto de los perjuicios que le causó al demandado con la violación y desconocimiento del contrato celebrado entre la Lotería del Centenario y el demandante, con fecha 14 de enero de 1938, sobre venta de billetes por el sistema denominado 'Suscripción Cívico-Social'."

Subsidiariamente, para el caso de que no se condene al Municipio por responsabilidad contractual, pidió que se le condenara por culpa extracontractual a lo siguiente:

"1) A indemnizar al demandante los perjuicios que se le causaron por culpa de dependientes del Municipio demandado (al Gerente, miembros de la Junta Administrativa y demás empleados de la Lotería del Centenario), al celebrar un contrato diciéndose autorizados para hacerlo, ejecutarlo, y luégo negar la existencia de dicho contrato, amparándose en errores y culpas por él cometidos para alegar una nulidad de la convención.

"2) A indemnizar al demandante los perjuicios emanados de un enriquecimiento sin causa por parte del Municipio demandado, el cual se apropió y aprovechó las iniciativas del demandante, para obtener, como obtuvo, cuantiosas donaciones a su favor.

"3) A pagar al demandante, dentro del plazo que la sentencia señale, en dinero efectivo, la cantidad de $ 50.000 moneda corriente, o la que se fijare por peritos en la secuela del juicio, monto de los perjuicios emanados de la culpa cometida por dependientes del Municipio demandado, y del enriquecimiento sin causa al apropiarse y aprovechar las iniciativas del demandante para obtener donaciones cuantiosas a favor del demandado."

Surtido el traslado legal de la demanda, el representante del Municipio demandado negó los hechos fundamentales del libelo y se opuso a las pretensiones del actor sobre indemnización por contrato incumplido alegando que entre el Municipio de Bogotá y el demandante no se había perfeccionado contrato ninguno.

Trabada así la litis, fue sentenciada la primera instancia por el Juez del conocimiento —7º Civil de este Circuito— en forma totalmente absolutoria, por considerar que la persona con quien aparecen cruzadas las cartas demostrativas, en concepto del actor, de la celebración del contrato, no se probó legalmente que tuviera la condición de Gerente de la Lotería.

Sentencia acusada.

Recurrida en apelación esta sentencia por la parte demandante, se surtió el segundo grado del juicio ante el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, que finalizó con el fallo del 14 de diciembre de 1934, confirmatorio del Juzgado. Sin costas.

La confirmación del Tribunal obedeció a razones de fondo por haberse producido ante él las pruebas sobre personería en cuya ausencia se basó el fallador de la primera instancia. En los siguientes pasajes de la sentencia acusada, bajo el epígrafe "Resulta Probado", se encuentran, ordenadamente expuestos, los elementos procesales que sirven a la vez para configurar el negocio jurídico que se aduce como fuente de los derechos demandados y para mostrar las bases fundamentales de la decisión que se acusa:

"El artículo 1º de la Ley 95 de 1937 autorizó al Municipio de Bogotá para que, por una sola vez, con motivo de su IV Centenario, organizara

un *sorteo extraordinario de lotería,* sin que el plan del mismo debiera ajustarse a la Ley 64 de 1923.

"Por el artículo segundo de la expresada Ley 95 de 1937, se estipuló que el sorteo estaría exento de todo impuesto de carácter nacional, departamental o municipal; y que la venta de los billetes respectivos sería libre en todo el territorio de la República.

"El Acuerdo número 50 de 1937 del Concejo de Bogotá organizó ese sorteo bajo el nombre de *'Lotería del Centenario'*, y en la forma que detallan sus diez y seis artículos, de los que interesa citar éstos:

'Artículo cuarto. La organización y administración de la Lotería del Centenario estarán a cargo del siguiente personal: a) De la Junta Administrativa de la Lotería; b) del Gerente; c) del Auditor, y d) del personal subalterno.'

'Artículo sexto. La Junta Administrativa de la Lotería tendrá las siguientes atribuciones: a) El nombramiento por mayoría de votos del Gerente de la Lotería; b) El estudio y aceptación del plan del sorteo; c) La aprobación de los presupuestos de la administración y propaganda;.... f) La aprobación de los proyectos de organización de oficinas y de labores que debe presentar el Gerente de la Lotería; g) La autorización para establecer agencias de la Lotería en el interior y en el exterior del país.'

'Artículo séptimo. El Gerente será el representante del Municipio en la administración y funcionamiento de la Lotería y como tal autorizará con su firma todos los documentos, correspondencia, billetes y comprobantes que requieran la marcha normal del negocio.'

'Artículo octavo. Serán funciones especiales del Gerente: a) Presentar al estudio de la Junta Administrativa los planes de organización del sorteo, con los estudios técnicos necesarios para ilustrar el juicio de la Junta; b) Someter a la consideración de la Administrativa, los proyectos de organización de las oficinas, labores, propaganda, contabilidad y dependencias de la Lotería;..... d) Dirigir la propaganda y publicidad del sorteo, con la actividad indispensable, dentro de los presupuestos que apruebe la Junta Administrativa; e) Mantener el movimiento de los billetes de la Lotería, por conductos bancarios, en la forma que se resuelva en la Junta Administrativa; f) Organizar las oficinas y dependencias de la Lotería conforme a las resoluciones que al respecto la Junta Administrativa adopte.....'

'Artículo noveno. La Lotería tendrá Auditor nombrado por la Junta Administrativa, quien deberá concurrir a las deliberaciones de aquella Junta, con voz pero sin voto. El Auditor, como Secretario de la Junta Administrativa de la Lotería.'

'Artículo décimo. Serán funciones especiales del Auditor: a) Proponer al Gerente los proyectos de organización de la contabilidad y del control de la Lotería; b) Autorizar todos los comprobantes de billetes y documentos de la Lotería; c) Dirigir la contabilidad de la Lotería; d) Controlar el movimiento de valores de la Lotería'....."

"Aparece de autos que la Junta Administrativa del Centenario sesionó legalmente el nueve (9) de diciembre de mil novecientos treinta y siete (1937) y declaró electo como Gerente de la Lotería al señor Juan Antonio Montoya; que el diez y seis (16) del mismo mes y año el señor Montoya tomó posesión legal del cargo ante el señor Alcalde de Bogotá; que la Junta sesionó también con fecha trece (13) de enero de mil novecientos treinta y ocho (1938) y en el curso de esta sesión el Gerente presentó una propuesta especial sobre venta de billetes de la Lotería, formulada por el doctor José Luis Trujillo Gómez, propuesta que una vez leída, la Junta consideró aceptable en principio, ordenando varias modificaciones y autorizando a la Gerencia para negociar; y que con fecha veinte (20) de enero de mil novecientos treinta y ocho (1938) la Junta celebró un contrato con el Gerente de la Litografía Colombiana sobre 'emisión de billetes'." (Cuaderno número 6, folios 10 y 11).

Con fecha catorce (14) de enero de mil novecientos treinta y ocho (1938) el señor Juan Antonio Montoya, en su expresado carácter de Gerente de la Lotería del Centenario, dirigió al proponente doctor José Luis Trujillo Gómez la carta que a continuación se transcribe:

"....Muy señor nuestro: Nos referimos a su atenta comunicación de fecha 11 del presente, en la cual propone usted la organización y desarrollo de un plan de venta de billetes de la Lotería del Centenario, a las distintas empresas industriales y comerciales establecidas en el país, y le participamos que *con la aprobación de la Junta Administradora de la Lotería, aceptamos la negociación* en las siguientes condiciones:" (Las especifica y enumera a continuación). En el punto 11 de estas condiciones reafirma el Gerente el carácter contractual de la referida carta de 14 de enero de 1938, diciendo: "La Lotería, por su parte, y esto casi sobra en el *presente convenio,* desarrollará la más amplia campaña de propaganda....."

"Las condiciones en que el Gerente de la Lotería aceptó el plan de ventas que le propuso el doctor Trujillo Gómez, conforme a la expresada carta, pueden resumirse en éstas: La Lotería conferiría a Trujillo Gómez el carácter de agen-

te o representante de ella; b) La Lotería suscribiría previa aprobación, las circulares, avisos y comunicaciones relacionados con el desarrollo del plan; c) La Lotería no lanzaría sus billetes a la circulación antes del primero de febrero de 1938; d) El agente doctor Trujillo Gómez podría retirar de la Gerencia de la Lotería los billetes que fuera colocando, previa consignación de su valor íntegro, menos el diez por ciento (10%) del descuento; e) La Lotería reconocería al citado agente vendedor de billetes, un descuento del *diez por ciento* (10%) sobre el producto de la venta en Bogotá, conforme al punto anterior; f) y g) Cualquier compra que posteriormente y dentro del término de noventa días (90) contados desde la fecha en que se firma este *convenio*, hicieren las sociedades o empresas particulares, en forma directa a la Lotería, se entendía hecha por el agente doctor Trujillo Gómez para el efecto del descuento; los billetes vendidos a particulares en las oficinas de la Lotería y los que solicitaran las entidades públicas nacionales, departamentales o municipales, no estarían sujetos al convenio; h) En la venta de billetes a empresas o sociedades establecidas fuera de Bogotá, el doctor Trujillo Gómez debía arreglar previamente con los otros agentes respectivos de la Lotería, todo lo relativo a descuentos, comisiones, etc., y esos agentes locales debían verificar la entrega de los billetes a los clientes del doctor Trujillo Gómez, para lo cual la Gerencia de la Lotería ofreció su amigable intervención, sin compromiso alguno; k) El agente doctor Trujillo Gómez debía redactar las circulares y la propaganda, pagar los portes de correos nacionales o aéreos, telegramas, radios, etc., que considerara necesarios para el mejor desarrollo del plan, e igualmente serían de su cargo todos los gastos que pudiera ocasionar la venta de billetes autorizada al mismo agente vendedor de la Lotería; l) La Lotería exigió que toda medida de propaganda, actuación o procedimiento que estimara conveniente desarrollar, lo sometiera el doctor Trujillo previamente a la aprobación de ella."

En carta fechada el diez y siete (17) de enero de mil novecientos treinta y ocho (1938), cuya copia se presentó con la demanda (folio 9 del cuaderno principal), el doctor Trujillo Gómez se dirigió al señor Gerente de la Lotería del Centenario, señor Juan Antonio Montoya, refiriéndose a la carta de éste del 14 de enero que se acaba de analizar y manifestándole: "..... no tengo inconveniente en aceptar dichas adiciones y aclaraciones, y en tal virtud, según su deseo, procederé a organizar y adelantar el sistema de ventas en todo el país, arreglando previamente con los agentes locales...."

"Al efecto, el delegado o agente vendedor de billetes de la Lotería del Centenario, doctor Trujillo Gómez, inició sus labores de propaganda, haciendo imprimir circulares, gestionando la ayuda de representantes suyos en las ciudades de los Departamentos, dirigiendo correspondencia a las principales sociedades y empresas del país, publicando avisos en los diarios, etc., etc., con autorización del Gerente, señor Montoya, conforme lo confesó éste en posiciones y lo declaran varios testigos cuyas exposiciones recoge el cuaderno de pruebas del actor en primera instancia."

Entretanto, la Junta de la Lotería del Centenario le hacía saber al doctor Trujillo Gómez en carta de veintiséis (26) de enero de mil novecientos treinta y ocho (1938) que la negociación referente a la "Suscripción Cívico-Social" debía sujetarse a la aprobación de ella, quedando así suspendidas las gestiones de propaganda comenzadas por el doctor Trujillo Gómez (folio 38). Y en carta de once (11) de febrero siguiente le comunicaba su resolución definitiva de negar lo relativo a la Suscripción Cívico-Social (folio 59). Copias de estas cartas existen en el archivo de la Lotería del Centenario (Inspección ocular de 24 de noviembre de 1939, cuaderno número 5, folio 38 vuelto).

"En esas posiciones que absolvió el señor Juan Antonio Montoya en forma extrajudicial, ante el señor Juez 5º Civil de este Circuito, con fecha veintitrés de junio de mil novecientos treinta y ocho (folio 10), aceptó haber celebrado conversaciones iniciales sobre el plan que él (Trujillo) presentó para la venta de billetes de la Lotería del Centenario, pero agregó el absolvente que esas conversaciones fueron informales porque el doctor Trujillo Gómez sabía que cualquier negociación al respecto necesitaba la aprobación de la Junta Administrativa de la Lotería. En verdad que ese agregado aparece suficientemente infirmado con la carta del señor Montoya de 14 de enero de 1938 y con la autorización dada por la Junta al Gerente señor Montoya, para negociar con el doctor Trujillo Gómez, en la sesión del trece de enero de mil novecientos treinta y ocho."

La versión atendible sobre el desistimiento del convenio ya pactado entre el Gerente, señor Montoya, y el doctor Trujillo Gómez, se contiene en el acta de la sesión de la Junta de fecha veinte de enero de mil novecientos treinta y ocho (cuaderno número 6, folio 6 y vuelto): "....*Convenio Trujillo Gómez.*—A continuación el Gerente de la Lotería informó que no les había sido posible reunirse con el doctor Juan Uribe Cualla para presentar informes de comisión sobre el asunto Trujillo Gómez, y solicitó se tratara esta cuestión. **Leído el convenio en discusión**, el señor Secretario de Gobierno Municipal, doctor Carlos de Mendoza manifestó que consideraba inconve-

niente tal gestión, primero porque ésta podía y debía ser desarrollada en forma directa por la Gerencia de la Lotería, y luégo porque la delegación de estas negociaciones a particulares podía presentar problemas con los loteros o vendedores de lotería. Como cada uno de los honorables miembros de la Junta hicieran (sic) reparos al convenio, *se resolvió negarlo* en forma definitiva y por unanimidad de los miembros asistentes, ordenando al Secretario de la Junta dar aviso de lo resuelto al doctor Trujillo Gómez....."

"Seguramente a esta resolución de la Junta se refieren las cartas de 26 de enero de 1938 y 11 de febrero siguiente, en las que el Secretario de la Junta hizo saber, por etapas, al doctor Trujillo Gómez, el fracaso de su contrato en la citada sesión.

"Durante el lapso de tiempo en que el doctor Trujillo Gómez consideró vigente el contrato, alcanzó a interesar a varias sociedades y empresas en la suscripción de billetes de la Lotería del Centenario, como a la Compañía Colombiana de Tabaco, las Empresas Unidas de Energía Eléctrica de Bogotá, la Compañía Colombiana de Seguros, la Compañía de los Hoteles Granada y Regina, S. A., la Texas Petroleum Company, la Naviera Colombiana, las Manufacturas de Productos de Acero, S. A. de Barranquilla, la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales de esa misma ciudad, y muchas otras, según la correspondencia que acompañó al escrito de demanda. Estas empresas habían manifestado al doctor Trujillo Gómez su intención de adquirir por su conducto billetes de la Lotería del Centenario, y, con el fracaso de la negociación en la Junta Administrativa, el demandante perdió esa oportunidad de ganarse el respectivo porcentaje."

Sobre estas comprobaciones procesales concluyó el Tribunal que entre el demandante y la Lotería del Centenario, como empresa municipal, se perfeccionó un contrato de naturaleza bilateral, oneroso y conmutativo, "sujeto a la condición de que el contratante doctor Trujillo sometiera previamente a la aprobación de la Junta, y no solamente a la del Gerente, toda medida de propaganda y toda actuación o procedimiento tendiente al desarrollo del plan convenido". Anota el Tribunal que de autos aparece plenamente establecido que el contratante Trujillo inició sus actividades, personalmente y por medio de sus agentes departamentales, con violación de su obligación de previa consulta y aprobación de la Junta, de donde concluye, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, que la Lotería del Centenario, en presencia del incumplimiento de la clara y terminante obligación que tenía el contratante de someter sus actividades a la aprobación de la Junta, "recobró *de jure* el derecho de desistir o negar a su turno el convenio, en el que todas y cada una de las obligaciones nacidas a cargo de las partes estaban suficientemente determinadas y precisadas". En estas condiciones, añade la sentencia, los posibles daños de que se queja el demandante, no son imputables al demandado porque se vinculan a actividades suyas cumplidas con posterioridad al 26 de enero de 1938, fecha en que la Junta Administradora de la Lotería le advirtió en carta que mientras no las sometiera a su aprobación, debía suspender todas sus gestiones de agente de la Lotería. Respecto de la petición subsidiaria, consideró el Tribunal que era improcedente estudiar la responsabilidad extracontractual sobre las mismas bases aducidas para la demanda fundada en culpa contractual, y por lo que hace a la acción fundada en enriquecimiento indebido la denegó el sentenciador con la razón de que siendo, como es, una acción subsidiaria, no podía proponerse con ocasión de la pretendida violación de un contrato.

El recurso.

Contra esta sentencia definitiva de segundo grado interpuso el demandante el recurso de casación que hoy se decide, después de someterlo a su tramitación legal. Extractándolos de la demanda de casación, donde aparecen expuestos desmesuradamente, se enuncian y consideran separadamente los cargos de ilegalidad que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal, enderezados todos a destruir la conclusión esencial del fallo de que el demandante incumplió sus obligaciones al no someter a la Junta Administradora de la Lotería los actos del contratante que en concepto del Tribunal estaban sometidos a ese requisito indispensable según la convención.

Primer cargo.—Violación de los artículos 1602, 1603, 1618, 1621, 1622, 1624, 1532 y 1535 del Código Civil, por infracción directa los dos primeros y falta de aplicación los restantes. En este primer cargo se sostiene la tesis de que siendo el contrato, según el artículo 1602 del Código Civil, una ley, una verdadera norma, lo relativo a su interpretación es una cuestión de derecho, y por tanto la "interpretación errónea" de que habla nuestra ley de casación se refiere no solamente a la declaración de voluntad del legislador sino también a la declaración de voluntad de los contratantes, que también es ley.

No encuentra la Sala a todo lo largo de las numerosas páginas en que el recurrente expone su tesis en un gran esfuerzo dialéctico ningún concepto jurídico aprovechable para fundar en él alguna conclusión decisoria respecto del cargo concreto que se formula por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. Apenas

es necesario advertir que cuando el artículo 1602 del Código Civil dice que todo contrato legalmente celebrado "es una ley para los contratantes" quiso, en esta forma analógica expresar la fuerza obligatoria que corresponde a las estipulaciones convencionales pero sin incurrir en la confusión imposible con el imperio de "la declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional", como define la ley el artículo 4º del Código Civil. El alcance y el objeto del recurso de casación civil que no autorizan a la Corte, por sí solo para entrar a conocer del fondo de los negocios o cuestiones debatidas sino a través de la casación de las sentencias que hayan incurrido en la violación de un texto expreso de ley sustantiva, no permiten proponer útilmente un cargo como el que se considera, de interpretación de un negocio jurídico desvinculado de la realidad probatoria del proceso, en campo de exclusiva doctrina. Procedente sería el cargo en esta forma para el caso de que el sentenciador, eludiendo toda interpretación de un contrato desconociera la obligatoriedad de los vínculos en él generados; pero no para casos en que en las instancias judiciales haya sido interpretada una convención. La interpretación de los contratos en el campo de la casación civil, es de esta manera y por su propia naturaleza una cuestión de hecho. Su calificación jurídica sí es cuestión de derecho.

Segundo cargo.—"Violación de los artículos 1602, 1603, 1609, 1613, 1614, 1615, 1618, 1621, 1622, 1624, 1532, 1535 y 1546 del Código Civil, como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación del contrato y de las pruebas, errores que llevaron al sentenciador a aplicar indebidamente unos de esos artículos y a dejar de aplicar otros". "Al interpretar el Tribunal —dice el recurrente— el ordinal L) de la carta-contrato de la Lotería del Centenario, de 14 de enero de 1938 para Trujillo Gómez, lo hizo en forma manifiestamente errónea por no haber tenido en cuenta que esa cláusula contenía la contestación a la propuesta J) de la carta propuesta de Trujillo de fecha 11 de enero de 1938."

Todo el segundo capítulo de la demanda, con largos desarrollos vinculados ya a la estimación probatoria de las instancias, se destina a demostrar cómo no es verdad que el contrato, constante en diversas cartas, impusiera al demandante las obligaciones que el Tribunal consideró infringidas por Trujillo. Ya quedó dicho que esta infracción del contratante en cuya prueba reposó su conclusión jurídica la sentencia, consistió en concepto del Tribunal, en haber iniciado sus actividades de agente de la Lotería sin haber previamente sometido a la aprobación de la Junta Administrativa su plan de propaganda y procedimiento, y no simplemente a la de la Gerencia. El Tribunal no niega que el Gerente de la Lotería autorizara la ejecución de ciertos actos de Trujillo, como éste lo afirma, pero advierte expresamente que "al autorizar y coadyuvar con el contratante doctor Trujillo Gómez en la ejecución de actos contractuales que necesitaban expresa y previa autorización de la Junta Administradora, ya no obró dentro de su órbita legal de mandatario y, por lo mismo, no comprometió la responsabilidad del Municipio de Bogotá por causa de esos actos". La cuestión, pues, para decidir sobre la comisión de los pretendidos errores de hecho que afirma el recurrente, queda reducida a averiguar si de las pruebas aludidas resulta realmente y de manera manifiesta que el contratante Trujillo no estaba obligado sino a obtener del Gerente y no de la Junta la previa aprobación para poder ejecutar debidamente sus planes de agente de la Lotería.

A este respecto los datos que ofrece el expediente, y sobre los cuales asentó su conclusión el Tribunal, son claros y precisos.

En la oferta escrita, ya aludida, que el demandante Trujillo hiciera a la Lotería por intermedio de su Gerente, decía, en relación con el punto concreto que se considera, en el aparte J):

"Toda medida, propaganda, actuación o procedimiento que el promotor tome en desarrollo del convenio y que se aparte de las normas y antecedentes aquí consignados, debe ser previamente aprobada por la Gerencia."

En la contestación que el Gerente dio a esta propuesta en carta del 14 de enero de 1938, que el recurrente denomina carta-contrato, le dice:

"Con aprobación de la Junta Administrativa de la Lotería, aceptamos la negociación en las siguientes condiciones: .....L) La Lotería exige a usted que toda medida de propaganda, actuación o procedimiento que estime conveniente desarrollar, la someterá previamente a su aprobación."

El recurrente estima que la modificación a su propuesta se redujo a la obligación de someter a previa aprobación no sólo las medidas que se apartaran de las normas convenidas sino todas sus actuaciones de agente vendedor, pero la realidad textual pone en evidencia que además de esta variación, donde el proponente había escrito Gerencia, la contrapropuesta, que vinculó contractualmente, dijo "Lotería". Y esta modificación, entendida como la entendió el Tribunal, está de acuerdo, por lo demás, con las atribuciones que según el Acuerdo número 50 de 1937, orgánico de la Lotería, correspondían a la Junta Administradora para "el estudio y aceptación del plan de sorteos y la aprobación de los presupuesto de la administración y propaganda

y la autorización para establecer agencias de la Lotería."

A este respecto conviene reproducir, como lo hace la sentencia acusada, la carta que el 26 de enero de 1938, antes de hacerse la emisión de los billetes de la Lotería, dirigió al demandante el Auditor-Secretario de la Junta Administradora, que obra original al folio 38 del cuaderno principal: "Me permito participarle —dice— que la honorable Junta de la Lotería del Centenario en sesión verificada el día de hoy, resolvió hacer saber a usted que la negociación en relación con la Suscripción Cívico-Social debe sujetarse a la aprobación de ella, ya que hasta la fecha no ha sido adoptada y por tanto quedan suspendidas hasta que se realice esta oportunidad, todas las gestiones que usted haya iniciado en tal sentido....."

En presencia de estos elementos probatorios, que alumbran y respaldan la interpretación que el sentenciador hizo de la estipulación contractual referida, no es posible configurar el pretendido error de hecho, que tendría que aparecer de manifiesto, como lo exige la ley, tal como si en vez de "Gerencia" hubiera el Tribunal leído "Junta Directiva". No peca la aludida interpretación en concepto de la Sala, contra ninguna de las reglas generales que consagra el Código Civil como normas de hermenéutica contractual en busca de la auténtica intención de los contratantes, que en este caso aparece muy clara y lógicamente expresada en los documentos en que se incorporó la voluntad y en términos que no adolecen de ninguna ambigüedad. Los dilatados esfuerzos de interpretación a base de exposiciones gramaticales y conjeturas más o menos lógicas que en este particular contiene la demanda de casación, excluyen por sí mismos, como es obvio, la posibilidad del error de hecho como vía de infracción legal, que tiene que mostrarse como una manifiesta evidencia en contrario de la que nutre la convicción judicial expresada en la sentencia.

No queda fuera de lugar advertir aquí, como consideración que le resta importancia al cargo, que al considerar el fondo de la cuestión se enfrentaría un caso de mandato, que es la convención que puede exactamente configurarse con los factores que suministra el proceso, y en esta situación, debiendo el comisionista o agente cumplir su encargo con rigurosa observancia de las instrucciones del mandante; no pudiendo aspirar a lucro distinto del de la comisión o remuneración estipulada por la reventa de billetes; no habiéndose la Lotería comprometido a venderle al demandante ni número determinado de billetes, ni durante un tiempo determinado, y siendo el mandato esencialmente revocable, no se ve clara la procedencia de esta acción indemnizatoria por violación del contrato, que en puridad de verdad se reducía a remunerar al demandante, como agente vendedor de billetes de la Lotería, con un 10% sobre el valor de los que vendiera a determinadas empresas y que él pagara de contado a la Lotería. Lo demás, lo del aprovechamiento en forma de donaciones al Municipio por virtud del plan ideado por el actor, no aparece en la realidad de lo convenido y sucedido. Pero esta consideración incidental no es la que sirve para rechazar el cargo que, según lo visto, no prospera por no haberse demostrado el pretendido error de hecho en la estimación de las pruebas.

Tercero y cuarto cargos.—Violación de los artículos 1609, 1524, 1602, 1603, 1613, 1614, 1615 y 1546 del Código Civil, porque aun aceptando el supuesto incumplimiento contractual del demandante, el Tribunal no investigó qué gravedad tenía dentro de la economía del contrato la prestación incumplida, ni si su omisión era dañosa para la Lotería, cosas necesarias, como lo tiene establecido la doctrina, para la acertada aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, y porque no habiéndose alegado ésta por el Municipio, el Tribunal no podía partir de la base del incumplimiento del demandante para oficiosamente declararla probada y fallar el pleito en consonancia con ella.

Conviene advertir, al entrar en la consideración de este cargo, que la posición defensiva asumida por la parte demandada desde el principio del pleito ha sido la de negar que el Municipio ni la Lotería hubiera celebrado contrato de ninguna especie con el demandante, porque como se dice muy claramente en los apartes de la correspondencia atrás copiados, la Junta Administradora de la Lotería, en la debida oportunidad, antes de dar a la venta los billetes, le hizo saber al contratante Trujillo que todas sus gestiones y actividades de agente de la Lotería debían ser aprobadas por ella, y que como el Contratista había omitido cumplir con tal exigencia, debía suspender toda gestión en tal sentido, y luégo que la Lotería había decidido no conferirle el mandato o encargo para la venta de sus billetes, en las condiciones ya vistas. No considera la Corte que la omisión del requisito o formalidad exigido por la Lotería al contratante, de someter su plan, propaganda, actuaciones y procedimiento a su aprobación previa, fuera cosa insignificante que a la luz de la doctrina de la causalidad no da base para la excepción de contrato no cumplido, porque, si como claramente se tuvo en cuenta al prospectar la negociación, había interés en hacerla aparecer no como de simple utilidad particular del contratista o agente Trujillo sino que se buscaba respaldo y autoridad de la Lotería para el desarrollo del plan, era apenas justo que se exigiera

el previo conocimiento y autorización para todo lo que podía comprometer el buen nombre y el éxito de la empresa, cuyo control y responsabilidad radicaba en su Junta Administradora. Tal condición, pues, dentro de la tesis de contrato bilateral celebrado que adopta la sentencia, tiene señalada importancia y juega decisivo papel en la consideración y contrapeso recíproco de las causas determinantes del negocio.

También dentro del planteamiento jurídico que le dio el Tribunal a este litigio, no se ve ninguna ilegalidad en haber concluído en la denegación de las pretensiones del actor por considerar que ellas se vinculaban a un contrato que por parte de éste había sido incumplido también. Tal es la consecuencia jurídica que se produce en los casos de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus)* o de contrato no cumplido pertinentemente (*exceptio non rite adimpleti contractus).*

"En sentencia de esta Sala, de fecha 29 de febrero de 1936 (*Gaceta Judicial,* tomo XLIII, páginas 343) se estudiaron y expusieron las reglas jurídicas especiales conforme a las cuales deben cumplir sus prestaciones los obligados por contratos bilaterales, tendientes todas, dentro de la norma fundamental de la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1602 del Código Civil, a conservar la simetría contractual o equilibrio de los intereses de las partes exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral. Allí está expuesto el origen, la naturaleza, alcance y funcionamiento de la llamada *exceptio non adimpleti contractus.*

La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del Código Civil y a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 *ibidem;* pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratante diligente la niega implícitamente al que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, como lo impone la buena fe que es principio básico del derecho contractual, porque la ejecución simplemente unilateral de un contrato sinalagmático pugna con la justicia y es inconciliable con la economía y el espíritu de ese acto jurídico. La acción de cumplimiento (1546, incisco 2) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía o que está pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de otra manera el demandado no sería moroso en virtud del principio consignado en el artículo 1609 del Código Civil que traduce en fórmula positiva el aforismo de que "la mora purga la mora". En el caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley y contemplado en este pleito, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia, para todos, de las dos acciones que alternativamente concede el inciso segundo del artículo 1546 del Código Civil, situación ésta de voluntaria y estéril anormalidad contractual que se prolongará hasta cuando alguno de los contratantes, cumpliendo con lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual, o hasta cuando la prescripción ponga término a las indicadas acciones." (*Gaceta Judicial,* tomo LV, página 70).

Dentro de la situación y límites que la demanda de casación plantea en torno de la aplicación que el Tribunal diera a la disposición del artículo 1609 del Código Civil, no se puede, aunque sea posible hacer algunas rectificaciones doctrinarias al respecto, modificar las conclusiones del fallo acusado. En efecto: el recuerdo que se ha hecho de las nociones que condicionan y gobiernan el mecanismo de la *exceptio non adimpleti contractus,* hace ver que tal defensa no puede operar en realidad sino en presencia de una de las dos acciones que el incumplimiento de uno de los contratantes hace surgir opcionalmente en los contratos bilaterales en favor del contratante que sí ha cumplido o está presto a cumplir las prestaciones que le corresponden, para inhibirla o paralizarla. Pero esta consideración, como se ha visto, carece de utilidad en el recurso que se estudia, porque al desembocar en el estudio de fondo, llegado el caso, habría de llegarse a la conclusión de que es improcedente la acción indemnizatoria de perjuicios por violación de un contrato en la forma principal y aislada en que se ha ejercitado en esta demanda sin pedir al mismo tiempo el cumplimiento o la resolución del contrato respectivo. A una demanda en tales condiciones le faltaría un indispensable antecedente jurídico en que apoyarse, pues la reparación de perjuicios por violación contractual, como lo tiene establecido la jurisprudencia sobre los términos precisos del artículo 1546 del Código Civil, es una consecuencia de la resolución o del cumplimiento del con-

trato, y la acción para obtenerla es accesoria y subordinada de cualquiera de las dos principales.

Quinto cargo.—Violación de los artículos 1505, 2160, 2180 y 2186 del Código Civil, en que incurrió el Tribunal por interpretación errónea e infracción directa, por estimar que el Gerente de la Lotería, al aprobar las actuaciones del promotor, excedió sus funciones según el acuerdo orgánico de la Lotería y no comprometió, por tanto, la responsabilidad del Municipio de Bogotá. Afirma el recurrente que al tratar de la extralimitación del mandato, es necesario tener en cuenta las obligaciones respecto del mandante y respecto de terceros.

En fundamentación de este cargo repite la demanda de casación los mismos argumentos y razones aducidos en su capítulo segundo para demostrar que era al Gerente y no a la Junta Directiva a quien correspondía conocer y aprobar previamente sus planes de propaganda y procedimiento para la venta de billetes. Este aspecto del recurso ya fue detenidamente estudiado al considerar el cargo segundo, y la conclusión a que entonces y allá llegó la Sala, de que muy claramente se deduce de la correspondencia contentiva del contrato y del Acuerdo orgánico de la Lotería, que la facultad de aprobación previa del plan del demandante como agente vendedor de billetes competía exclusivamente a la Junta, deja sin fundamento este nuevo cargo y hace inoficioso la repetición de las razones para rechazarlo.

Por lo demás, carece de fundamento legal el reparo a base de extralimitación del mandato, porque si es verdad, según la tercera de las disposiciones que se citan como violadas por la sentencia, que el mandatario que ha excedido los límites de su mandato es sólo responsable al mandante, y no responde a terceros sino cuando no les ha dado suficiente conocimiento de sus poderes, en el caso de autos resulta totalmente infundado alegar esta falta de conocimiento de quien tan minuciosamente acordó en propuestas y contrapropuestas las condiciones de su mandato.

Sexto cargo.—"Violación de los artículos 63, 2341, 2347, 2349 y 2357 del Código Civil por infracción directa, proveniente de haber dejado el Tribunal de aplicar los primeros y de haber aplicado erróneamente el último."

Se plantea en este capítulo la cuestión de responsabilidad civil del Municipio por culpa aquiliana de su representante por haber autorizado al demandante en su plan de propaganda y actividades previas sin someterlos a la aprobación de la Junta, debiendo hacerlo, según la interpretación del Tribunal.

Las razones jurídicas para rechazar este cargo son evidentes y sencillas. El problema de la acumulación de responsabilidades, consistente en saber si la infracción de una obligación contractual sólo da derecho al acreedor para demandar la correspondiente indemnización por la vía legal de las correspondientes acciones contractuales o si puede perseguir la reparación del daño por la vía delictual o cuasidelictual, lo tiene resuelto nuestra jurisprudencia en el sentido de que no es posible. Sobre este fenómeno acumulativo de las dos acciones de responsabilidad civil, ilegalmente ejercitadas aquí con base en los mismos hechos fundamentales, dijo esta Sala:

"Jurídicamente no se deben involucrar las acciones de responsabilidad contractual y delictual. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción *híbrida,* según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito (civil). Lo que puede acontecer es que hay hechos que además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia condición jurídica, independientemente de todo arrimo contractual, pueden constituir asimismo fuente de responsabilidad como culpa delictual, dando así origen y posibilidad a dos acciones que pueden ejercitarse independientemente pero que no son susceptibles de acumulación porque se llegaría así a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio." (*Gaceta Judicial,* tomo XLVII, página 454).

Séptimo cargo.—Dedica el recurrente este capítulo final de su demanda a acusar la sentencia por la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, y hace consistir la incongruencia que le imputa al Tribunal, en que habiéndose propuesto en la demanda, como subsidiaria, la acción por culpa extracontractual de los agentes del Municipio, la sentencia omite la decisión sobre ella.

Fuera de lo ya dicho sobre la imposibilidad de acumular, aunque sea como principal una y subsidiaria la otra, las dos acciones de responsabilidad civil, aduciendo para ambas como hecho básico la celebración de un contrato, no resulta exacto que el Tribunal omitiera decisión al respecto, como se ve del pasaje que a continuación se copia:

"En cuanto a las peticiones subsidiarias se observa que la primera, según las explicaciones del libelo, se funda en los mismos hechos básicos de la acción contractual, por lo que habrían de tenerse en cuenta los motivos ya expuestos para el insuceso de ella. Aparte de ello, habiéndose

decidido en el fondo la acción sobre responsabilidad contractual, no sería procedente el estudio de la acción extracontractual sobre las mismas bases."

Igual cosa acontece con el segundo pedimento subsidiario, también injurídicamente propuesto en la demanda al lado de la acción originada en el contrato, y que el recurrente también considera omitido en el fallo que por esa causa estima incongruente con su demanda. A este respecto se lee en la sentencia el siguiente jurídico concepto: "La segunda súplica subsidiaria enuncia una acción de enriquecimiento injusto que, según se sabe, lleva en sí misma su carácter esencial de acción subsidiaria de toda acción legal que asista al interesado, lo que vale afirmar que únicamente procede en casos excepcionales en que el injustamente empobrecido no tiene a su disposición ninguna acción reconocida en la ley escrita..."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 14 de diciembre de 1943, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Simulación

La Corte ha reconocido dos clases de simulación que, empleando por analogía calificativos legales, se han llamado absoluta y relativa. Aquélla, o sea la total, ocurre cuando a la verdad sólo formalmente hay contrato. En una compraventa, por ejemplo, en que no ha habido sino la escritura pública que la expresa, pero no ánimo de transferir en quien se dice allí vendedor, ni de adquirir en quien aparece comprando, ni ha habido precio sino en las frases o cláusula respectiva, no hay en realidad un contrato, pues que faltan elementos indispensables para que se produzca y, más aún, para que en términos generales se haya producido un acuerdo de voluntades, una convención. De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta, al punto de que, como en algunos de sus fallos ha dicho la Sala, pueda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro y también en el sentenciador para invalidar un contrato cuando se demuestra lo procedente a que se acaba de aludir, sin exigir palabras sacramentales y, por ende, sin verse impedido para decidir en conformidad con las probanzas porque se haya empleado o dejado de emplear éste o aquél de esos vocablos al apellidar en el libelo la acción incoada.

En la simulación parcial o relativa lo que se pretende es que prevalezca sobre el contrato aparente, atacado por esto, lo estipulado en otro contrato secreto u oculto que es el que contiene la verdadera voluntad de las partes. Disfrazar de compraventa una donación, fingir aquélla a una persona como testaferro para que se transfiera con verdad y firmeza a otra, o fingirla tan sólo para que el comprador, provisto de esta calidad e investido de ella ante terceros, venda más tarde para el verdadero dueño, ejercitando así en rigor de verdad un mandato sin representación, son ejemplos de lo que frecuentemente conduce a esta simulación parcial o relativa que, en su caso, da ocasión al antedicho litigio sobre prevalencia.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 5 de mayo de este año, que falló en segunda instancia el presente juicio ordinario, tramitado en la primera en el Juzgado 4º Civil de este Circuito, cuya sentencia es de 27 de enero de 1942.

En la demanda pide el señor Valentín Calderón se hagan estas declaraciones:

"Primera. Es simulado el contrato contenido en la escritura número 755, otorgada por mí el 30 de septiembre de 1938 en la Notaría 2ª de Tunja a la señora Romelia Rodríguez de Rodríguez, a la menor Gloria Antonia Rodríguez Rodríguez, representada por su madre legítima la mencionada señora Romelia, y a las señoritas Isabel, Dolores y Soledad Rodríguez, vecinas de Bogotá, sobre venta del inmueble alinderado en la misma escritura;

"Segunda. No ha sido realmente enajenado por el contrato contenido en tal escritura, ni ha salido de mi patrimonio, ni ha pasado al patrimonio de las demandadas el derecho de dominio en una casa de rafa y teja marcada en su puerta....

"Tercera. Las demandadas deben pagarme las costas del juicio."

Estas son las compradoras personalmente y representada la menor en el pleito tal como se dijo en la escritura e indica la demanda.

Los hechos fundamentales se resumen y en lo preciso se transcriben en seguida. Son:

1º El 23 de septiembre de 1938 murió la esposa del demandante.

2º A ese dolor se agregó el asedio de las demandadas para que les escriturara ese inmueble;

3º Este hecho dice textualmente: "Sin darme cuenta exacta de lo que hacia y movido por las exigencias reiteradas de la señora y señoritas mencionadas, el 30 de septiembre de 1938, o sea siete días inmediatamente después de la muerte de la compañera de mi vida, otorgué a favor de ellas y de la menor Gloria Antonia (aquí cita la escritura antedicha)";

4º Allí dijo él vender y ellas comprarle el inmueble por el precio de $ 2.000;

5º Al otorgar ese instrumento no tuvo él intención de vender ni de transmitir, ni ellas la de comprar ni de adquirir;

6º Las demandadas no le pagaron esa cantidad en todo ni en parte;

7º La escritura y contrato no fueron verdaderos, sino "simulados o de confianza".

8º La cláusula sexta de esa escritura dice que para los efectos del contrato e interpretación de sus cláusulas, se tendrá en cuenta, "como parte integrante de aquél y criterio de ésta, el contrato que, en documento privado firmado por las partes que intervienen en el otorgamiento de este instrumento público en esta ciudad de Tunja, el día de hoy, queda en poder del exponente vendedor".

9º En este hecho se transcribe ese documento, del que en este fallo se transcribirá adelante lo pertinente.

10. La escritura se registró el 13 de octubre de 1938.

11. El documento fue debidamente estampillado.

12. Romelia, Dolores y Soledad Rodríguez negaron en posiciones haberse dado cuenta de que en los días del otorgamiento de la escritura estaba profundamente impresionado Calderón por la muerte de su esposa.

13. Ellas y la señorita Isabel negaron en posiciones haberle exigido que les escriturara la casa.

14. Todas ellas afirmaron en posiciones haberle pagado el precio y tener la posesión de la casa y negaron que reconocen a Calderón como poseedor.

15. Ellas no han poseído ni poseen la casa.

16. "Yo sí he poseído y poseo en la actualidad la casa, porque la he tenido y la tengo con ánimo de señor y dueño".

Dicho documento privado, del mismo día de la escritura, contiene cinco cláusulas, así: en la primera cita la escritura de esa fecha; la segunda se refiere en especial a su cláusula sexta que cita el documento; la tercera, haciendo constar que ese documento es el citado por esa cláusula sexta de la escritura con los fines que ésta indica, formula estas declaraciones: "a) Que aun cuando en tal instrumento público se hace una venta lisa y llana del derecho de propiedad del señor Valentín Calderón sobre el inmueble referido, lo que se ha querido es que Calderón transfiera a las compradoras la nuda propiedad de tal derecho, reservándose él el derecho de usufructo por todos los días de su vida. b) Que en consecuencia las compradoras, procediendo con la realidad del contrato, dejarán que el señor Calderón usufructúe la finca materia del contrato público aludido por todos los días de su vida, no entrando en posesión y tenencia de tal finca sino cuando el vendedor, señor Calderón, haya muerto". La cláusula cuarta del documento expresa que las compradoras dejan en esos términos aclarado el contrato que se hizo constar en la escritura y se comprometen a que ésta "se interpretará y ejecutará, durante la vida del señor Calderón, en los términos y expresiones consignados en este documento, procurando de su parte que el señor Calderón no irá a tener la más leve intranquilidad por obra de la ejecución del mencionado documento público."

La cláusula quinta, que es la final del documento privado, dice: "Por su parte, el señor Valentín Calderón manifiesta que a su muerte podrán las señoras Rodríguez, en su carácter de compradoras del bien materia del contrato público tántas veces referido, entrar a ejercer la propiedad plena y completa de la finca que hoy les vende".

El Juzgado hizo la primera declaración demandada, o sea, que es simulado el contrato, y negó la segunda, o sea la de no haber enajenado Calderón la finca ni salido de su patrimonio ni pasado al de las demandadas su derecho de dominio.

El Tribunal, diciendo revocar ese fallo, negó todas las peticiones de la demanda y absolvió de sus cargos a la parte demandada.

No hubo condenación en costas en ninguna de las instancias.

Es cardinal fundamento del fallo de la segunda, la consideración de que lo demandado es la simulación total, equivalente a la nulidad absoluta, y que lo acreditado por el actor es una simulación de prevalencia, porque lo que quiere es destruir el contrato escriturario en fuerza del documento privado; de ahí deduce el Tribunal que, no pudiendo el sentenciador alterar la demanda, tiene que reconocer que aquello es lo efectivamente pedido y negarlo por no haberse justificado.

El Tribunal encuentra una corroboración de su concepto de que lo pedido es una nulidad absoluta, en varios de los hechos fundamentales, en cuanto Calderón habla de no haberse dado cuenta de lo que hacía, lo que atañe al consentimiento y capacidad de contratar, y puesto que, a más de agregar sobre consentimiento que no tuvo intención de transferir, añade que no hubo precio.

Se anticipa que el Tribunal no encuentra comprobados estos hechos. Observa la fuerza de plena prueba que contra Calderón como otorgante de la escritura tiene la declaración de haber precio y de habérselo pagado las compradoras;

observa que esta declaración no está infirmada; observa que la aludida incapacidad debió comprobarse técnica y científicamente, lo que no se hizo, y que las declaraciones de testigos sobre el profundo dolor de Calderón en los días de la escritura no llegan a afirmar esa incapacidad y las que la dan a entender, apenas formulan conjetura.

El abogado recurrente aduce el motivo 1º de los del artículo 520 del Código Judicial, como se verá y analizará adelante. Antes de entrar en esa tarea la Sala estima conveniente exponer algunas consideraciones sobre el tema capital de la demanda inicial y de la sentencia recurrida.

Esta Sala ha estudiado a espacio y repetidamente el tema de la simulación. Es inoficioso exponer detenidamente aquí una vez más las tesis que ha acogido y sostenido, y la doctrina que ha establecido al respecto. Concretándose hoy a los problemas de la presente controversia, le basta recordar que ha reconocido dos clases de simulación que, empleando por analogía calificativos legales, se han llamado absoluta y relativa. Aquélla, o sea la total, ocurre cuando a la verdad sólo formalmente hay contrato. En una compraventa, por ejemplo, en que no ha habido sino la escritura pública que la expresa, pero no ánimo de transferir en quien se dice allí vendedor, ni de adquirir en quien aparece comprando, ni ha habido precio sino en las frases o cláusula respectiva, no hay en realidad un contrato, pues que faltan elementos indispensables para que ese se produzca y, más aún, para que en términos generales se haya producido un acuerdo de voluntades, una convención. De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta, al punto de que, como en algunos de sus aludidos fallos ha dicho esta Sala, pueda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro y también en el sentenciador para invalidar un contrato cuando se demuestra lo procedente a que se acaba de aludir, sin exigir palabras sacramentales y, por ende, sin verse impedido para decidir en conformidad con las probanzas porque se haya empleado o dejado de emplear éste o aquél de esos vocablos al apellidar en el libelo la acción incoada.

A esto se agrega que, según palabras de otro de los aludidos fallos, "no vale distinguir entre nulidad absoluta e inexistencia, porque las diferencias que doctrinariamente quepa anotar entre las dos no tienen traducción práctica en nuestra ley; de suerte que, como es sabido y siempre sucede, ha de acudirse a las disposiciones sobre nulidad absoluta, tanto cuando en efecto de ellas se trata, como cuando se trata de inexistencia, en fuerza de que para ésta no ha creado nuestro sistema legal una casilla peculiar y separada (*Gaceta Judicial*, tomo LIV bis, página 149)".

En la simulación parcial o relativa, lo que se pretende es que prevalezca sobre el contrato aparente, atacado por esto, lo estipulado en otro contrato secreto u oculto que es el que contiene la verdadera voluntad de las partes, las cuales, como bien se echa de ver, lejos de no haber querido contratar, sí lo han hecho efectivamente, aunque en forma distinta de como reza el instrumento público contra el cual se dirigen demanda y pruebas. De ahí que la acción en este caso se haya llamado de prevalencia.

Disfrazar de compraventa una donación, fingir aquélla a una persona como testaferro para que transfiera con verdad y firmeza a otra, o fingirla tan sólo para que el comprador, provisto de esta calidad e investido de ella ante terceros, venda más tarde para el verdadero dueño, ejercitando así en rigor de verdad un mandato sin representación, son ejemplos de lo que frecuentemente conduce a esta simulación parcial o relativa que, en su caso, da ocasión al antedicho litigio sobre prevalencia.

En el presente, no cabe duda de que Calderón suplica una declaración que, así comience por decirla de simulación, es de nulidad absoluta, sin perjuicio de reconocerse que absoluta también es la simulación por él demandada. Tanto es ello así, que según el libelo, ha de sentenciarse que él no enajenó el inmueble en cuestión y que su dominio no ha salido de su patrimonio ni ingresado al de las Rodríguez. Esto claramente significa que pretende la completa invalidación de lo que aparece pactado en la escritura, tal como si no se hubiese celebrado contrato alguno.

Y, a más de las aludidas pruebas ineficaces ante el Tribunal con que quiso acreditar sus deficiencias mentales y falta de consentimiento y que no había habido precio, el arma que como decisiva esgrime, es el documento privado transcrito aquí en lo pertinente.

Y este documento no infirma sino que confirma y ratifica la voluntad de Calderón de transferir, al extremo de llamar a las Rodríguez compradoras y de referirse al inmueble diciendo que se lo ha vendido, y sobre todo, haciendo constar que se reserva su usufructo, paso éste que de suyo implica haberles transferido la propiedad. Hasta sobra advertir que para transferir

a título de compraventa no obsta que el tradente se reserve el usufructo. Y es de notarse que tal reserva es lo único en que discrepan la escritura pública y el documento privado, calificado por el recurrente de contraestipulación.

De paso se observa que esa reserva, y su comprobación mediante el documento, serían procedentes en cuanto las Rodríguez le negaran ese derecho y situación al vendedor y, por tal motivo, el pleito versara sobre la defensa de tal situación y derecho; pero que, como se vio en los hechos fundamentales de su demanda, Calderón afirma hallarse en la tenencia y posesión material de lo vendido.

Lo dicho hasta aquí acredita una fiel interpretación de la demanda y, hasta puede decirse, una correcta lectura de ella por el Tribunal y que, por tanto, no puede prosperar el cargo de error sobre esto. Tampoco el referente a apreciación de las pruebas de cuyo análisis el Tribunal deduce no estar acreditado lo que afirma el actor sobre su incapacidad mental de contratar cuando se otorgó la escritura y sobre falta de precio y de su pago. Acerca de esto último se recuerda que, defiriendo la ley al convencimiento del sentenciador en lo tocante a la estimación de la prueba de indicios, no cabe acusar en casación por error al respecto sino en los excepcionales casos en que el Tribunal falte manifiestamente a la lógica deduciendo de ciertos antecedentes indiciales algo que carece de vinculación de causalidad con ellos, o de que los dé por probados sin estarlo o prescinda de los comprobados en forma de que, a haberlos tomado en cuenta, la deducción habría sido distinta. Nada de esto ocurre en la presente causa.

Las disposiciones legales de cuyo quebranto se acusa son estos artículos del Código Civil: el 823 que define el usufructo, el 826 que obliga a instrumento público cuando ese derecho recae sobre inmuebles, el 1740 que dice cuándo un acto o contrato es nulo y el 1741 que erige la nulidad en absoluta cuando proviene de la omisión de algún requisito o formalidad prescritos para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza; en este sentido cita también como violado el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

El cargo consiste en que se ha dado validez a la constitución de un usufructo para la cual no se otorgó escritura pública.

Causa extrañeza que el demandante reclame por no haberse declarado la nulidad absoluta del usufructo de que habla el documento privado que, no sólo lo favorece por las declaraciones que al respecto contiene en su bien, sino que es la razón y eje de su demanda. El Tribunal, ciñéndose a los preceptos legales que lo obligan a limitarse para su decisión a lo que ha sido materia del debate, no pronunció resolución alguna sobre existencia o validez del usufructo. Simplemente estudió el documento, no sólo por ser prueba aducida, sino por la conexión que con la escritura pública ésta misma establece, y de ese estudio dedujo, como esta Sala ha visto que tiene que deducirse, que el documento no infirma el pacto escriturario sobre enajenación que tan sólo la limita. Y como esto es muy distinto de destruírla y su invalidación completa es lo demandado, el Tribunal no pudo hallar en el documento privado la destrucción pretendida por el actor de lo contratado en el instrumento público.

Siendo esto lo acontecido, no hay lugar a indagar si, como sostienen los doctrinantes, el pacto ostensible presta sus solemnidades al oculto.

Los artículos 1759, 1760, 1761, 1765 y 1766 del Código Civil se citan como quebrantados por haberse desoído, no sin formular previamente el cargo de error de hecho manifiesto en la apreciación de la escritura y del documento, en cuanto ella lo declara parte integrante de la misma y guía de interpretación.

Estas disposiciones establecen la fuerza de plena prueba del instrumento público contra sus otorgantes y otro tanto en el documento privado reconocido y el alcance de ella aun en lo meramente enunciativo que se relacione directamente con lo dispositivo del acto o contrato a que se refieran tal instrumento y documento, y sus declaraciones, y la última de ellas —artículo 1766— hace ver qué requisitos ha de llenar una contraescritura pública para que tenga alcance contra terceros la alteración de lo pactado en instrumento público, a tiempo que en su inciso primero niega tal alcance contra éstos a lo que en tal sentido acuerden los contratantes por escrito privado, lo que, de paso se ha dicho en sus oportunidades, a *contrario sensu* indica que entre los contratantes sí tienen eficacia en tal sentido los convenios de esta clase e índole.

Aquí no se trata de terceros, ni se ha negado el alcance del documento privado entre las partes que fueron otorgantes de la escritura y del documento y son partes litigantes en este proceso. Como ya se dijo, el Tribunal estudió la relación entre documento y escritura ante las súplicas de la demanda. Esto hace ver que no prescindió de ninguno de estos dos importantes elementos.

Y si dicho artículo 1760 preceptúa que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, es de repetirse, para reconocer que no se le ha violado, que una cosa es tomar en consideración el documento, tal co-

mo lo determina la cláusula sexta de la escritura y lo pide el libelo de demanda, y otra cosa muy distinta habría sido sentenciar con declaración sobre validez del usufructo. Sólo que esta declaración se hubiera solicitado, habría podido hacerla el sentenciador, y sólo si se hubiera hecho habría sido procedente el estudio de las disposiciones pertinentes, el que no cabe no habiendo sucedido aquello.

No se aceptan, pues, los cargos formulados por el recurrente.

Cuanto a la doctrina sentada sobre simulación por esta Sala, queda visto que el Tribunal la acogió. Si no lo hubiera hecho, de ahí no se deduciría motivo de casación, pues lo sería, en tal evento, el quebranto de las pertinentes disposiciones legales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

SALA DE CASACION PENAL

Multas

La Ley 105 de 1931 no permite otro procedimiento para hacer efectivas las multas correccionales que el señalado en el Capítulo IV, Título XXXIII, Libro II del Código Judicial.

Contra la opinión de que no hay en los Códigos vigentes disposición que permita mudar una sanción disciplinaria de multa en arresto, existe el artículo 697 del Código de Procedimiento Penal.

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

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

A dos informaciones sumarias, que se siguieron por separado, dieron lugar, por una parte, el denuncio del señor Luis Carlos Copete, presentado a esta corporación el veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, y por la otra, la investigación que oficiosamente inició el Presidente del Tribunal Superior de Buga, doctor Adolfo Romero B. En ambos expedientes es uno mismo el sindicado, o sea el doctor Miguel Ocampo Patiño, miembro entonces de aquella entidad judicial.

En el denuncio del señor Luis Carlos Copete se le imputó inicialmente al doctor Miguel Ocampo Patiño el delito de abuso de autoridad, por haber dado prematuramente a la publicidad una actuación judicial suya, consistente en una multa impuesta al denunciante por irrespetos al Magistrado denunciado. Mas como en el curso de la investigación el señor Copete amplió su denuncio, haciéndole el cargo al doctor Ocampo Patiño de haber convertido arbitrariamente la multa disciplinaria en arresto, hecho que era precisamente el que se estaba investigando en el sumario creado por el Tribunal Superior de Buga, esta Sala resolvió formar un solo proceso y decidir de su mérito en una misma providencia, como aquí va a hacer, previo el siguiente examen.

—

Resultando:

1º El señor Luis Carlos Copete, apoderado del señor Jorge Enrique Azcárate en un juicio ejecutivo instaurado contra este último por la señorita Blanca Tascón, presentó el veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y dos, un memorial al doctor Miguel Ocampo Patiño, quien como Magistrado del Tribunal de Buga conocía de un incidente sobre liquidación de costas en ese juicio, con reparos a la liquidación. Y como el Magistrado Ocampo Patiño considerara que un párrafo de ese escrito era irrespetuoso, inmediatamente ordenó devolverlo. Pero quizá cambió de modo de pensar, y entonces resolvió sancionar el irrespeto según la providencia que a continuación se transcribe:

"...El señor don Luis Carlos Copete en memorial de esta fecha (veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y dos), relacionado con dos juicios civiles que tramita el despacho del suscrito Magistrado, y en los cuales él actúa como apoderado, se expresa en términos irrespetuosos que constituyen una injuria para el funcionario que conoce de esos juicios; y, que al tenor del artículo 82, inciso sexto, del Código Judicial, es sancionable con penas correccionales o de apercibimiento o multa que no pase de cincuenta pesos, o arresto de seis días.

"El memorial en su parte pertinente dice: 'La indignación que al señor Azcárate le han causado estas injusticias, le han hecho lanzar conceptos con los cuales no comparto, pero que no he podido arrancar de su mente. Lo ocurrido en este caso unido al levantamiento del secuestro contra ley expresa y con gravísimo perjuicio para los herederos en el caso de la sucesión de don Gabriel Rivera M., me hace pensar que no por

los motivos que alientan en la mente del señor Azcárate, sino quizás por animadversión contra mí —ya que ignorancia de la ley no podría alegar el señor Magistrado doctor Ocampo Patiño— es la causa del fracaso. En este caso no me queda otro recurso que renunciar los poderes que tenga en los negocios que sean repartidos al Magistrado doctor Ocampo, para librar de perjuicios a mis clientes. Así lo tengo resuelto, sin perjuicio del denuncio que formularé ante la Corte Suprema de Justicia por violación del artículo 168 del Código Penal'.

"El memorial anterior dirigido al suscrito Magistrado constituye causa suficiente para que, al tenor de la disposición antes nombrada del Código Judicial y de los artículos 310 y siguientes del Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4ª de 1913) se disponga la sanción que corresponde a la falta cometida por el señor don Luis Carlos Copete, con fundamento en el mencionado memorial que original se agrega a la presente resolución, y con el cual se demuestra la falta que cometió contra un Magistrado por razón del ejercicio de sus funciones.

"En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, impone al señor don Luis Carlos Copete, abogado aceptado, mayor de edad y vecino de este Municipio, la multa de veinticinco pesos ($ 25) moneda corriente, suma que consignará en la Recaudación de Hacienda Nacional de esta ciudad, tres días después de la notificación de esta providencia.

"Transcríbase una vez ejecutoriada esta Resolución al funcionario encargado de recaudar la multa impuesta....";

2º El doctor Ocampo Patiño, el mismo día veintinueve de abril le dio la noticia —en calidad de *chiva* periodística— al señor Hernando Azcárate Martínez, director de la Radiodifusora "Voces de Occidente", de Buga, noticia que fue inmediatamente transmitida por ese medio de publicidad;

3º El sancionado señor Copete apeló del citado auto, pero el funcionario que lo dictó negó el recurso el doce de mayo, diciendo:

"Teniendo en cuenta el informe anterior de la Secretaría, y como de acuerdo con lo prescrito en el tercer inciso del artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal, estas providencias no están sujetas al recurso de apelación, pues solamente de ellas puede reclamarse en los dos días siguientes a la notificación, y de este derecho no ha hecho uso el penado señor Luis Carlos Copete, es el caso de declarar ejecutoriada la providencia de fecha veintinueve de abril último, por medio de la cual se impuso multa de veinticinco pesos al expresado señor Copete, por irrespetos al suscrito Magistrado, y con la facultad que confiere el artículo 82, inciso sexto, del Código Judicial...";

4º El señor Luis Carlos Copete, al ser notificado (veinticinco de mayo) por el Secretario del Recaudador de Hacienda, manifestó que no pagaba porque no tenía dinero. Entonces el Recaudador proveyó así:

"Como el señor Luis Carlos Copete, al ser notificado de la anterior resolución, manifiesta que no paga porque no tiene dinero, se devuelve al señor Magistrado sustanciador para los fines subsiguientes.";

5º Ante tal ocurrencia, el Magistrado Ocampo Patiño, en auto de dos de junio, dispuso:

"Este Despacho, por medio de la Resolución de fecha 29 de abril último, impuso al señor don Luis Carlos Copete multa de veinticinco pesos ($ 25.00) por irrespetos al suscrito Magistrado, según las probanzas enunciadas en dicha Resolución.

"Notificada esa providencia al señor Copete, éste se limitó a apelar de ella, recurso que le fue negado por no estar sujeto a él esa clase de providencias, y consecuencialmente, se declaró ejecutoriada en auto del doce (12) de mayo y se transcribió lo pertinente al señor Recaudador de Hacienda Nacional de esta ciudad para que procediera al cobro de la multa impuesta.

"Consta en las diligencias, que después de repetidas órdenes de citación, se logró la comparecencia del señor Copete a la susodicha Recaudación de Hacienda, en donde el 25 de mayo se le notificó el pago de la ameritada multa, manifestando que no la pagaba por no tener dinero.

"Como se han transcurrido los términos respectivos, y el señor Copete se ha hecho renuente al pago de la multa que se le impuso, multa que no se exige ejecutivamente, por ser pena correccional, sino que debe ser convertida en arresto, de acuerdo con doctrina sentada por la honorable Corte Suprema de Justicia (número 2429, página 587) es el caso de proceder a ello, pero debe tenerse en cuenta que el arresto en que se convertirá la mencionada multa no podrá exceder de seis días, pues éste es el máximo que permite el numeral 6º del artículo 82 del Código Judicial.

"En mérito de lo dicho, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, *resuelve:* Decrétase la conversión de la multa de veinticinco pesos ($ 25.00) que se le impuso al señor don Luis Carlos Copete, como pena correccional por irrespetos cometidos por éste contra el suscrito Magistrado, a la pena de seis (6) días de arresto que purgará en la cárcel de esta ciudad.

"Comisiónase al señor Alcalde Municipal del lugar para que dé estricto cumplimiento a esta providencia, y con la constancia del caso, devuelva estas diligencias al Tribunal...";

6º También apeló de esta última providencia el interesado, pero el Magistrado, fundándose en

las mismas razones ya aducidas en el auto de doce de mayo, negó el recurso;

7º El seis de junio, el señor Copete dirigió a los Magistrados del Tribunal de Buga, doctores Vicente Rizo y Adolfo Romero, un memorial en que interponia el recurso de súplica contra la providencia anterior;

8º El doce de junio se declaró ejecutoriada la providencia que hacia la conversión de la multa en arresto, y ese día el Alcalde de Buga cumplió la comisión que le había dado el Magistrado del Tribunal, doctor Ocampo Patiño;

9º Hallándose detenido el señor Luis Carlos Copete, el trece de junio, por medio de un escrito le hizo saber al Magistrado doctor Ocampo Patiño que ya había pagado la multa de los veinticinco pesos, y entonces el Magistrado, en auto de esa misma fecha ordenó la libertad del señor Copete;

10. El sindicado Ocampo Patiño manifestó en su indagatoria no haber tenido conocimiento oficial de que se hubiera interpuesto el recurso de súplica respecto de su providencia del dos de junio (conversión de la multa en arresto);

11. Con las declaraciones de los señores Alejandro Domínguez y Augusto Bejarano —Magistrado del Tribunal de Buga el primero y Secretario de esa corporación el segundo— se estableció que el doctor Miguel Ocampo Patiño sí supo que el señor Luis Carlos Copete les había dirigido a los Magistrados Rizo y Romero un memorial que contenía el recurso de súplica, aun cuando ese memorial no había sido pasado a la mesa del Magistrado Ocampo Patiño; y

12. Quedó acreditado que el doctor Miguel Ocampo Patiño fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior de Buga el treinta de mayo de mil novecientos cuarenta; que tomó posesión de su cargo el primero de julio siguiente, y que se hallaba ejerciéndolo en los meses de abril, mayo, junio y julio de mil novecientos cuarenta y dos.

—

Considerando:

a) El señor Procurador Delegado en lo Penal ha pedido que se llame a responder en juicio criminal al doctor Miguel Ocampo Patiño, por el delito de detención arbitraria, conforme al Capítulo II, Título XI, Libro II del Código Penal.

Y la Sala resume las razones que ofrece el Agente del Ministerio Público para formular esa petición. Son ellas: que la jurisprudencia aducida por el Magistrado Ocampo Patiño para hacer la conversión de la multa en arresto se refería al artículo 218 de la Ley 147 de 1888, y que por consiguiente no tenía aplicación en el mes de junio de mil novecientos cuarenta y dos, o, lo que es lo mismo, que existiendo ya una nueva legislación (Ley 105 de 1931), que no permite otro procedimiento para hacer efectivas las multas correccionales que el señalado en el Capítulo IV, Título XXXIII, Libro II del Código Judicial (jurisdicción coactiva), el doctor Ocampo Patiño "no tenía la facultad legal de hacer la conversión"; que no pudiéndose, en el caso de ese Magistrado, atribuír el error a ignorancia de la ley, consecuencialmente hay que considerar como doloso su acto, tanto más cuanto que tuvo oportuno conocimiento de la súplica que el interesado había elevado a la Sala del Tribunal de que era miembro el doctor Ocampo Patiño; que el doctor Ocampo Patiño sí se dio cuenta de que el artículo 218 de la Ley 147 de 1888 no tenía aplicación, puesto que al convertir la multa en arresto no impuso veinticinco días de esta última pena, sino únicamente seis días, atendiendo al artículo 82 del Código Judicial. (Ley 105 de 1931);

b) De los dos cargos hechos al doctor Ocampo Patiño, el señor Procurador Delegado en lo Penal sólo se ocupa en el relativo a haber transformado en pena privativa de libertad una orden patrimonial. Consiste el otro en haber comunicado al Director de una Radiodifusora un acto oficial. Pero este hecho, si en verdad revela un afán de notoriedad, impropio de un funcionario del Organo Judicial, no alcanza a constituír el delito que describe el artículo 173 del Código Penal, porque la información dada por el doctor Ocampo Patiño al señor Azcárate Martínez no era una de aquellas cuya divulgación prohibe la ley.

Esta prohibición sólo se refiere a documentos o noticias que deban mantenerse en reserva, como, por ejemplo, las relacionadas con una investigación criminal, no calificadas todavía;

c) Que el doctor Ocampo Patiño abusó de sus funciones porque había pendiente una solicitud de súplica contra el auto que determinó convertir la multa en arresto, y porque no estaba facultado legalmente para hacer por sí esa conversión, son los fundamentos del otro cargo, especialmente conforme al razonamiento del Ministerio Público. Pero parece que caben estas dos observaciones: si el recurso de súplica se tramita o debe tramitarse exactamente como el de reposición (artículo 512 del Código de Procedimiento Civil), es claro que el memorial respectivo se le debe presentar al Magistrado que haya dictado la providencia de la cúal se reclama en esa forma. De otra manera él no podría saber si se ha intentado ese recurso. Y como consta que el memorial se dirigió a los Magistrados Rizo y Romero, y no fue pasado al despacho del doctor Ocampo Patiño, no es posible deducir de esta circunstancia el indicio que en concepto de la Procuraduría existe contra el procesado; y la jurisprudencia invocada por el doctor Ocampo Patiño para respaldar su auto del dos de junio y de la cual dice el Procurador De-

legado en lo Penal que por referirse a un artículo derogado (el 218 de la Ley 147 de 1888) no tenía aplicación cuando el sindicado la adujo, era de este tenor:

"Multas. Las que se imponen por vía de pena correccional no se pueden exigir ejecutivamente por el respectivo empleado de Hacienda, sino que de acuerdo con el artículo 218 de la Ley 147 de 1888, si no se pagan a los tres días de notificadas, se convierten en arresto por el empleado que las haya impuesto, pues de otra suerte perderían su eficacia y el carácter que revisten";

d) Admitiendo que esa opinión de la Corte careciera de actualidad, ¿podría afirmarse, sin temor de errar, que el sindicado la aplicó dolosamente, es decir, a sabiendas de su inactualidad? Preciso es analizar la situación que a él se le presentó, que fue ésta: impone una sanción disciplinaria consistente en una multa; el sancionado no la cumple, o pretende burlarla amparándose en el recurso de que no tenía dinero; el empleado encargado de ejecutarla le devuelve las diligencias con esa razón, para que resuelva lo pertinente; y el Magistrado, no encontrando disposición alguna que prohiba realizar la conversión, llena el vacío procedimental de la nueva ley con una doctrina prevista para la anterior;

e) Contra la opinión de que no hay en los Códigos vigentes disposición que permita mudar una sanción disciplinaria de multa en arresto, existe el artículo 697 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Si no se hiciere el pago en el tiempo y forma previstos en el artículo anterior, el Juez o funcionario convertirá la multa en arresto, a razón de un día por cada dos pesos o fracción; pero en el caso de *multas disciplinarias*, cualquiera que sea su cuantía, el arresto no podrá exceder de seis meses."

f) No hay por qué examinar si el memorial que originó la multa era o nó irrespetuoso. Aparte de que esta apreciación es enteramente subjetiva y que corresponde, por lo tanto, hacerla a la persona a quien va dirigido el escrito irrespetuoso o descomedido, si este es el caso, la investigación no abordó tal cuestión; y

g) Como no son constitutivos de delito los hechos de que se trató, es forzoso aplicar el artículo 437, Ley 94 de 1938.

—

Y así, esta Sala de la Corte Suprema, oído el concepto del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *sobresee definitivamente* en favor del doctor Miguel Ocampo Patiño por el delito de detención arbitraria que a él se le imputó en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Buga.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Guillermo Morales Peña (Conjuez).—*Julio E. Argüello R.*, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Pena de relegación a una colonia penal

La simple lectura del artículo 34 del Código Penal basta para comprender sin esfuerzo alguno que la frase "de la segunda reincidencia en adelante" incluye el concepto, o mejor, se refiere a quien sea segunda vez reincidente. De suerte que el punto de partida, para efectos de la relegación a una colonia agrícola penal, es la segunda reincidencia y no la tercera.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Por medio de un disparo de escopeta, Manuel Antonio Romero hirió a Luis Saavedra, sin móvil explicable, el once de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el sitio de "Quebrada Seca", del Municipio de Rionegro (Santander), lesión que le produjo al ofendido una incapacidad para trabajar mayor de treinta días.

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de once de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, impuso al reo las sanciones principales de tres años de prisión y mil pesos de multa, y entre las accesorias la relegación a una colonia agrícola penal durante cinco años, considerándolo reincidente por segunda vez.

Se apoyó la sentencia en los artículos 34, 36, 37 y 372 (inciso último) del Código Penal.

El procesado y su defensor interpusieron recurso de casación contra el fallo del Tribunal, y el último formuló ante la Corte una demanda en la cual adujo las causales de los números 1º y 2º del artículo 567, Ley 94 de 1938.

Para sostener que hubo mala aplicación de la ley penal y "errada interpretación de los hechos" en cuanto les fue atribuído "un valor probatorio que no tienen", la defensa se limita a impugnar lo referente a la relegación, creyendo el defensor que no concurren en el caso de Romero las condiciones exigidas por el artículo 34 del Código Penal.

Resulta entonces que como es uno solo el motivo de ambas causales, motivo o fundamento que no se relaciona sino con la primera, el estudio de ésta basta para decidir el recurso.

Causal 1ª—*Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.*

En dos sentidos tacha el defensor la relegación de Manuel Antonio Romero a una colonia agrícola penal:

a) Que la frase "de la segunda reincidencia en adelante", empleada por el artículo 34, está indicando que es exclusive la segunda y que el término inicial para el pronunciamiento de la pena accesoria de relegación debe ser la tercera reincidencia.

Así razona el defensor:

"Algunos Tribunales del país ya han sostenido que el inciso segundo del artículo 34 de la ley sustantiva penal, al hablar *de la segunda reincidencia en adelante,* se entiende por *la tercera reincidencia.*

"El problema ha sido debatido y hay conceptos encontrados, que sería muy interesante definir por esa Suprema Corte.

"Sin entrar en bizantinas discusiones gramaticales y eruditas, yo estimo que el artículo es suficientemente claro, y que aunque estuvieran bien definidas las dos reincidencias imputadas a Romero, por lesiones leves, no se puede afirmar en derecho, de acuerdo con el artículo citado, que él esté colocado en el caso señalado por el inciso segundo del artículo 34.

"Matemáticamente, señor Magistrado, y no contando con la relatividad de los números, la segunda reincidencia en adelante, la reincidencia segunda adelante, no puede ser nunca el índice exacto de la segunda reincidencia. Pasada la segunda, cumplida la segunda reincidencia, tiene que darse otra, o sea la tercera para poder aplicar esa pena accesoria de carácter tan draconiano y tan violento, que en este caso no se compadece ni con la personalidad del delincuente ni con el daño inferido, ni con la pena principal.

"Aquí tenemos que el efecto supera la causa, la pena asfixia al delito en sí mismo, y lo accesorio supera a lo principal, desde el punto de vista sólo de la lógica más simple.

"Ahora bien: con el criterio más absolutista se tendría que llegar a la consecuencia de que la cláusula, el inciso del mencionado artículo, el inciso aplicado, deja una duda idiomática, filo-

sófica y jurídica, que tendría que absolverse a favor de Romero, no sólo por la pena en sí misma, sino por la descompensación absoluta entre el delito y la pena.

"Yo estimo, señor Magistrado, con el más sencillo de los criterios, que a Romero no puede aplicársele la relegación a colonias por cinco años, y que en ese sentido considero que la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación e indebida aplicación de la misma"; y

b) Que, además, los otros elementos a que se subordina la relegación en la parte final del inciso segundo del artículo 34 tampoco se reúnen respecto de Romero.

Dice la demanda:

"También estimo, señor Magistrado, que por errada interpretación de los hechos procesales, se les atribuyó en la sentencia un valor probatorio que no tienen.

"El inciso que entretiene la atención de la justicia en este caso, exige condiciones muy perentorias para aplicar la relegación. 1. La naturaleza y modalidades de los hechos cometidos. 2. Los motivos determinantes. 3. *Las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente*, y 4. *Demostración* de la persistencia delincuente.

"En mi sentir estas condiciones no se hallan perfectamente establecidas, y por el contrario, hay indicios y hechos procesales favorables al procesado.

"Las condiciones personales y el género de vida llevado por Romero le son favorables: es un campesino original de Matanza y residente en Río negro, tierras cafeteras, malsanas y palúdicas.

"No obstante es un trabajador, un agricultor que vive de su esfuerzo diario. No es un maleante ni un desocupado.

"La acritud de su carácter se explica perfectamente por los climas violentos en que ha vivido, por su constitución palúdica, adquirida en esos medios, por su desnutrición y por sus consiguientes lesiones hepáticas, fácilmente dedicibles (sic).

"*El género de vida llevado* por Romero ha sido honesto, laborioso, honrado, no es como el de tántos otros, que no trabajan y se dedican a la rapiña y al merodeo.

"Con estas circunstancias a Romero favorables, no puede deducirse que la persistencia delincuente sea inequívoca, inmodificable, rematada.

"Y si se tiene en cuenta que los dos primeros delitos de sangre los cometió siendo menor de edad, la situación se humaniza y se torna menos grave para Romero, que hoy está superabundantemente modificado.

"Por estas razones estimo, señor Magistrado, que los hechos se interpretaron erróneamente, con una violencia extraordinaria que no se compadece con el espíritu permisivo del Derecho Penal, ni con la realidad del expediente, y por consecuencia se les atribuyó en la sentenciosa pieza un valor probatorio de que están huérfanos y desposeídos.

"La pena accesoria de relegación es sumamente drástica y sólo debe aplicarse, en mi concepto humilde, a delincuentes mayores, a agentes de una peligrosidad social alarmante, haciendo una justipreciación muy severa de las condiciones exigidas por el inciso tántas veces mencionado."

—

El señor Procurador Delegado en lo Penal rebate con entera propiedad los reparos de la demanda, y solicita que no se infirme la sentencia recurrida, todo lo cual acoge la Corte.

Ya la Sala ha tenido en otros negocios la oportunidad de precisar el entendimiento de la locución que de diverso modo interpreta el defensor recurrente, locución cuyos contexto y significado son claros. Tanto lo son, que la simple lectura del artículo 34 basta para comprender sin esfuerzo alguno que la frase "de la segunda reincidencia en adelante" incluye el concepto, o mejor, se refiere a quien sea segunda vez reincidente, por lo menos, como Manuel Antonio Romero. De suerte que el punto de partida, para efectos de la relegación a una colonia agrícola penal, es la segunda reincidencia y no la tercera.

"Lógico y jurídico resulta ese término mínimo (escribe el señor Procurador) dentro de un Código Penal influenciado por los principios de la escuela positivista, pues el hecho de que el delincuente haya sido considerado como reincidente por segunda vez, implica en él una tendencia al delito, una marcada peligrosidad, un temperamento antisocial, en virtud de que ya carga con tres infracciones de la ley penal: dos constitutivas de la primera reincidencia, y otra, que es la base de la segunda. De ahí que se haga necesario no sólo aumentar severamente la pena a partir de la segunda reincidencia, sino aplicarle al responsable un tratamiento más adecuado a sus condiciones subjetivas y a la defensa social, destinándolo a trabajar en una colonia agrícola, que es uno de los medios más recomendables para corregir o aminorar la capacidad delictuosa de esta clase de infractores de la norma penal."

Propensión persistente al delito revela Manuel Antonio Romero.

No había cumplido diez y ocho años cuando fue condenado a veinte meses de reclusión por heridas a Juan Bautista Duarte (1932 y 1933).

Vuelve a delinquir hiriendo a Reinaldo Sánchez (1934) y Lino Carrillo (1935). Por las heri-

das al primero se le condenó a seis meses y veintiún días de reclusión, y se le absolvió por las que causó al segundo (1936).

Luégo, en 1936, hiere a Alberto Gómez y se le condena a tres años y cuatro meses de reclusión, cargándole una primera reincidencia (1937).

Y en 1942 infiere a Luis Saavedra las lesiones a que se contrae la presente casación.

Con especiales agravaciones perpetró Romero las heridas a Duarte, Gómez y Saavedra.

La Procuraduría hace este acertado comentario:

"Ese continuo delinquir de Romero en una especie de delitos contra las personas; esa ausencia de motivos nobles o siquiera explicables en la ejecución de los hechos punibles; y ese modo de realizarlos con grande insensibilidad moral, ponen de relieve el estado peligroso de este sujeto, por lo cual resulta más que justificada la pena accesoria impuesta por el Tribunal, concerniente a la relegación a una colonia agrícola penal por un lapso de cinco años."

Y más aún: Silvino Jaimes, Crispín Sanguino y Salomón Angarita (folios 2 vuelto, 4, 26 del primer cuaderno), manifiestan que han oído decir que Romero es un individuo peligroso. Y Florentino Sánchez atestigua (folios 21 y vuelto):

"Pues ese señor Romero es peligroso, bandido y no se le da nada matar a cualquiera, siendo un terror en la región en donde todos le tienen miedo por lo bandido que es."

A folios 11 consta, en una nota oficial, que el diez y ocho de julio de 1942 fue capturado Romero, "individuo peligroso, quien venía del lado de El Playón armado de una carabina calibre (16), con la cual le disparó a un niño, gracias de que éste cuando vio la acción del bandolero, se agachó y el disparo pasó por encima".

La naturaleza y modalidades de los hechos cometidos por Manuel Antonio Romero, los motivos determinantes de esas acciones y la índole personal del reo, abren firme campo a la convicción de que predomina en él una persistente tendencia al delito, por lo cual necesita que se le someta al tratamiento de la relegación, para ver si se consigue readaptarlo al orden.

No parece que el género de vida de Romero sea "honesto, laborioso, honrado". Tántas infracciones de la ley penal como son las que pesan sobre el procesado, lo colocan en un plano de vida dañosa que bien puede conciliarse con la circunstancia de su consagración al trabajo, supuesta dedicación que en el proceso no tiene prueba ninguna. Y si él, Romero, vive en contubernio marital con Ascensión Niño (folio 15 vuelto) su conducta no es por cierto edificante.

No prosperan, pues, las acusaciones contra la sentencia del Tribunal.

—

En atención a lo dicho y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, la Corte Suprema, de acuerdo con la opinión del señor Procurador Delegado, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha 11 de marzo de 1943, el cual fallo impuso tres años de prisión a Manuel Antonio Romero, autor responsable de lesiones personales a Luis Saavedra.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Jorge E. Gutiérrez A. (Conjuez).—*Julio E. Argüello R.*, Secretario.

Lesiones personales

La desfiguración facial, aun reparable o transitoria, determina pena más grave que la correspondiente a una lesión personal que sólo produce incapacidad para trabajar, por dilatada que sea.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Con una navaja de afeitar Elisa Arrubla causó a Pastora Piedrahita más de diez lesiones personales, y cuatro le infirió a Jesús María Jaramillo, en la ciudad de Medellín, el tres de febrero de mil novecientos cuarenta.

Veinte días de incapacidad y perturbación funcional transitoria padeció la Piedrahita, y Jaramillo estuvo incapacitado para trabajar durante diez días, quedándole, además, una desfiguración facial que no fue permanente.

El Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, por sentencia de veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, condenó a Elisa Arrubla a la sanción principal de tres años de presidio deducidos de los artículos 33, 374 y 379 del Código Penal.

Interpuesto contra el fallo recurso de casación por el defensor de la reo, el apoderado ante la Corte invocó las causales primera y segunda del artículo 567, Ley 94 de 1938.

La Procuraduría opina que no hay base para invalidar la sentencia recurrida, conclusión a que también ha llegado la Sala.

—

Causal del número 2º del artículo 567.—Alega la demanda, en síntesis, que "por cuanto se negó el valor probatorio a las cuatro declaraciones terminantes, uniformes y claras de los señores Pedro Restrepo, Josué Giraldo, Luis López y Víctor Tamayo, prevaleciendo sobre ellas las de los otros declarantes que no saben cómo y por qué empezó la riña", resultan violados los artículos 24 y 25 (ordinal 2º) del Código Penal.

Es decir, el demandante sostiene que sin razón alguna se desestimó un elemento eximente de responsabilidad cual es la defensa legítima que ejerció Elisa Arrubla, víctima de una violencia grave, actual e injusta de parte de Jaramillo y la Piedrahita.

Sucedió que el veintiséis de marzo de mil novecientos cuarenta, casi dos meses después de cometidos los hechos a que el proceso se refiere, y antes de ser calificada la investigación, el abogado Teódulo Ramírez Duque pidió al mismo Juez de primera instancia, extrajudicialmente y en papel sellado oficial, que tomara las declaraciones de Víctor Tamayo, Josué Giraldo, Pedro Restrepo y Luis López.

Accedió el Juez a ello y recibió los testimonios con un censurable automatismo que repitió cuando por solicitud del señor Ramírez Duque se ratificaron en sus dichos los cuatro sujetos.

Esas cuatro personas, en sospechosa uniformidad, aseguraron que habían presenciado lo ocurrido entre Jaramillo, la Piedrahita y la Arrubla, y que ésta, insultada y agredida de obra por la Piedrahita y Jesús María Jaramillo, se encontró en la necesidad de defenderse.

"Todas estas declaraciones (comenta el señor Procurador) están influidas por iguales propósitos y planteadas en términos exactamente iguales, lo que tenía que suceder, pues los exponentes se limitaron a contestar los puntos propuestos en el memorial de fojas 52. Puede decirse con propiedad que las declaraciones no fueron rendidas por los individuos a quienes se citaba, sino por el propio interesado en obtener semejantes testimonios."

Hizo bien el Tribunal en llamar testigos *ad hoc* a Restrepo, Giraldo, López y Tamayo.

Para negarles todo mérito a sus atestaciones y recelar de su veracidad bastaría la sola consideración de que al cabo de cincuenta y tres días comparecen a declarar, no espontáneamente o por iniciativa propia sino por dudosa gestión de un interesado, cuando si fuera cierto que presenciaron el desarrollo del acontecimiento, distinta habría sido su conducta, al menos noticiando oportunamente a Elisa Arrubla, de ellos conocida. ¿Cómo es que durante tánto tiempo guardan absoluto silencio los pseudotestigos, quienes no podían ignorar que a la Arrubla se le adelantaba un proceso penal?

Pero es que, además, los reparos del señor Procurador corroboran la certidumbre de que mintieron Josué Giraldo, Pedro Restrepo, Víctor Tamayo y Luis López.

La Procuraduría manifiesta:

"En primer lugar, la uniformidad que recomienda en ellos el señor apoderado como una gran virtud del testimonio, es lo que permite rechazarlos por completo. Resulta que los cuatro declarantes estuvieron en un mismo sitio, presenciando impasiblemente unos mismos hechos, oyendo unas mismas palabras y observando una igual actitud de expectativa, como de quien viera un espectáculo desde sitio que no ofrece ningún peligro. Prueban tánto esos testimonios, que no prueban nada. Indudablemente se trata de gentes reclutadas al azar no para ir a deponer sobre hechos que hubieran presenciado, sino para contestar preguntas formuladas con el propósito de amparar una situación jurídica creada de antemano.

"En segundo lugar —cuestión que indica un carácter doloso en los testimonios recibidos por el Juez 4º del Circuito Penal— es la circunstancia de que no se llevaron directamente al sumario sino que fueron tomados fuera de él por el mismo Juez que conocía del asunto. Posteriormente el funcionario que había recibido esas declaraciones fuera de la investigación que estaba en el deber de adelantar, dispuso que se ratificaran, lo que así se hizo a fojas 57 y siguientes del informativo. Este fue un procedimiento irregular por parte del Juez y que por fortuna no alcanza a entorpecer la realidad legítima del proceso, precisamente por el mismo aspecto de monstruosa falsedad que ofrece ese medio probatorio. El 26 de marzo en que fueron solicitadas las declaraciones, todavía no se había cerrado la investigación, de manera que los testigos faltaron al deber de deponer ante el Juez que instruía el proceso y el Juez también faltó a sus deberes al aceptar un trámite tan absurdo como es éste de que se da cuenta.

"En tercer lugar, operan contra esa versión no sólo las circunstancias materiales que enmarcaron la percepción de los testigos y la forma irregular como se trajo ese conjunto de testimonios al proceso, sino el contenido de las declaraciones. Es inconcebible pretender la justificación de un hecho sobre tan endebles cimientos. La prevención partía de la Arrubla hacia Pastora Piedrahita porque ésta llevó al conocimiento de las autoridades la malquerencia de su gratuita enemiga. Es claro que si la Piedrahita hubiera querido reaccionar como lo exponen aquellos testigos, no habría acudido al Inspector de Policía para denunciar el hecho. Además, si hubiera habido ataque de parte de la Piedrahita y de Jesús M. Jaramillo, en los términos fulminantes de que hablan los testigos, necesariamente habría alcanzado a producirse alguna lesión en la atacada, pues para ello hubo tiempo y era innegable la superioridad de los dos agresores contra la procesada. Pero lo que resulta curioso es no sólo el que el daño no se hubiera producido, sino que la Arrubla lograra dominar y causar lesiones a los dos atacantes, sin disponer de elementos adecuados para la defensa y siendo, como es, según la versión comentada, 'persona pacífica, enemiga de riñas y peleas'.

"..... ....

"De tal manera que los hechos fueron bien apreciados al rechazar la tesis de la legítima defensa. El planteamiento de ésta elimina la modalidad de la riña que tangencialmente presenta el señor apoderado. Todo conduce a la convicción de que la Piedrahita fue atacada y de que las lesiones que recibió Jaramillo se produjeron cuando acudió en defensa de la atacada....."

La Sala dispondrá que se averigüe si Pedro P. Restrepo, Josué Giraldo, Luis López y Víctor Tamayo, incurrieron en falso testimonio, y si Elisa Arrubla y su defensor en las instancias, Teódulo Ramírez Duque, tienen responsabilidad en ello.

—

Causal del número 1º del artículo 557.—El señor apoderado de Elisa Arrubla asevera que el Tribunal aplicó indebidamente la ley penal, porque el fundamento de la sanción privativa de la libertad no era lo dispuesto en el primer inciso del artículo 374 del Código de la materia, sino el lapso de una incapacidad que duró desde el tres de febrero hasta el trece de junio de mil novecientos cuarenta.

Se apoya el señor apoderado en que es dudoso que haya existido la perturbación funcional transitoria del miembro o extremidad superior izquierda de Pastora Piedrahita, acerca de lo cual razona así:

"De otra parte no huelga observar que las heridas recibidas por la Piedrahita aunque fueron numerosas, fueron todas leves; hubo una herida de la cual dicen los médicos que quedó una perturbación funcional transitoria consistente en limitación de los movimientos del hombro izquierdo. En todos los reconocimientos se sigue hablando de *la herida*, es decir, que sólo una de las heridas tenía mediana importancia. El penúltimo reconocimiento se le hizo el 29 de febrero de 1940, es decir, a los 26 días después de la herida y se la halló sin incapacidad, pero con la perturbación funcional transitoria, sin explicarse por qué causal, si por contracción de algún nervio o si sería y es lo más seguro, porque aún le dolía algo el brazo o la herida, la que tenía a su vez interés en aparecer con esa lesión. Y es lo cierto que sólo a los tres meses y medio se la volvió a examinar (folio 74) y allí se dice que desapareció esa perturbación funcional, pero en dos palabras, sin explicar aproximadamente desde cuándo. También se dice en los demás re-

conocimientos que la herida supuraba; en ninguno de ellos se dice a qué tratamiento se la sometió y se ve que a ninguno y que la herida fue infectada y supuraba por abandono de la Piedrahita, de manera que si hubo una leve perturbación funcional, fue por causa remota o intermedia y no como efecto natural e inmediato de la herida misma. Tengo la absoluta certeza de que esa herida con un mediano tratamiento médico, con verdadera asepsia, con régimen dietético y curativo adecuado, no habría implicado más de quince días de incapacidad ni perturbación alguna. Y como después de ese penúltimo examen no se repitió otro hasta mucho tiempo después, también tengo certeza de que la tal perturbación funcional no pasó de un mes y en esencia no fue distinta de la simple incapacidad, pues es natural, es lógico que ante el leve dolor que se producía en el miembro afectado, no se podía trabajar, se estaba en incapacidad y eso fue lo que se consideró como perturbación funcional..."

Contesta la Corte:

a) La incapacidad de Pastora Piedrahita para trabajar ascendió a veinte días y a diez la de Jesús María Jaramillo. Y no fue la incapacidad el único resultado de las lesiones: a la mujer le produjo perturbación funcional transitoria una de las heridas (en el hombro izquierdo), y a Jaramillo le dejó desfiguración facial temporal la herida que recibió en la región lateral derecha del cuello. Esas consecuencias ya habían desaparecido el trece de junio de mil novecientos cuarenta;

b) El Juez de primera instancia impuso diez meses de prisión a Elisa Arrubla, de este modo: seis meses, mínimo del artículo 373 (inciso primero) del Código, "aumentada en tres meses conforme al artículo 33 ibidem y reagravada con un mes más por mandato del artículo 379". Otorgó el Juez la condena condicional sin que concurrieran las circunstancias del artículo 80. Impedían esa gracia la sevicia que se tomó en cuenta para el aumento del artículo 379 en relación con el 363 (ordinal 7º), y la condenación que recayó sobre la Arrubla, por el delito de heridas, en 1922 (folios 110);

c) Para reformar el fallo del Juez *a quo*, expresó el Tribunal:

"No hay, pues, objeción que hacerle a la sentencia en cuanto a la apreciación de la prueba, pero sí se reformará totalmente por lo que hace a la aplicación del derecho, porque el señor Juez no tuvo en cuenta el artículo 374 del Código Penal que fue el infringido con respecto a la Piedrahita, en su inciso 1º, ya que dicen los peritos que le quedó 'perturbación funcional transitoria', del hombro izquierdo, lo que es obvio afecta todo el miembro, y porque correspondiéndole así ya pena de presidio, no hay lugar a la aplicación del 80, lo que tampoco procedía aun con los cálculos que hizo el señor Juez, porque a ello se oponían terminantemente la conducta anterior de la procesada y la naturaleza y modalidades del hecho, tan graves éstas que lo llevó (sic) a darle aplicación al 379.

"Merece la Arrubla Vallejo tres años de presidio... así: elevando el mínimo del 374 en seis meses por el 379, y este resultado en otros seis meses por razón del 33...";

ch) El señor Procurador juzga inaceptable la escueta cita que el Tribunal hizo del artículo 379 del Código para deducir la pena, que al fin y al cabo "si es adecuada y correcta" en su cantidad de tres años de presidio: "el mínimo del artículo 374, aumentado en la mitad" por el concurso material de delitos (artículo 33 del Código Penal);

d) Sin entrar en el análisis de la referida crítica del señor Procurador, la Sala también cree, como la Procuraduría, que la ley penal fue debidamente aplicada. No es posible descartar la perturbación funcional que afectó a Pastora Piedrahita por largo espacio de tiempo, pasados los veinte días en que se calculó la llamada incapacidad. Ese largo espacio de tiempo transcurrió del veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta en adelante, hasta una fecha próxima al trece de junio del mismo año, y por lo tanto sería ilegal darle a la perturbación funcional de que se trata el simple carácter de una prolongación de la incapacidad, prefiriendo las suposiciones de la demanda a la realidad científica que contiene el dictamen de los médicos legistas de Medellín, dictamen cuya validez no se pierde ni se disminuye a causa de no haberse explicado el por qué de la perturbación que restringió los movimientos del miembro herido. Y nótese que la herida supurada a que alude el demandante no fue la del hombro. Fue la del brazo y antebrazo izquierdos, penúltima de las que detalla el reconocimiento primero a folios 20. Además, el proceso no suministra ningún dato que autorice la duda sobre el régimen que guardara la mujer, régimen que debe presumirse adecuado.

Es preciso advertir que como la demanda se concreta a las lesiones en la persona de Pastora Piedrahita, se ha olvidado que una de las heri-

das a Jesús María Jaramillo lo desfiguró temporalmente por la cicatriz en la región lateral derecha del cuello. Y ese resultado, si fuera el caso de prescindir de la perturbación funcional de la Piedrahita, obligaría a observar el mandato del artículo 377 del Código Penal, pues la desfiguración facial, aun reparable o transitoria, determina pena más grave que la correspondiente a una lesión personal que sólo produce *incapacidad* para trabajar, por dilatada que sea.

—

No se justificaron las causales de casación que propuso el señor apoderado de Elisa Arrubla, y, de consiguiente, la Corte Suprema, en armonía con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no infirma* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a dicha mujer a tres años de presidio por lesiones personales a Pastora Piedrahita y Jesús María Jaramillo.

Investíguese si Pedro P. Restrepo, Josué Giraldo, Luis López y Víctor Tamayo son o no reos de falso testimonio, y si por ello les cabe responsabilidad a Elisa Arrubla y su defensor Teódulo Ramírez Duque.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Sentencias proferidas por Consejos de Guerra

Ni la Ley 84 de 1931 (Código Militar), ni el Código de Procedimiento Penal le atribuyen a la Corte la facultad de conocer en casación de sentencias proferidas por Consejos de Guerra, ordinarios o superiores.

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

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

Vistos:

El seis de septiembre del año en curso se recibió en la Secretaría de la Sala un escrito firmado por el señor Héctor Caviedes Arteaga, que en lo pertinente dice así:

"Habiendo sido juzgado y condenado por un Consejo de Guerra efectuado en esta ciudad en los últimos días de agosto, interpuse recurso de nulidad contra dicha providencia ante el Comando de la Brigada de Institutos Militares y en subsidio recurso de casación, mas como tales nulidades no fueron consideradas, al ser notificado de la sentencia de segunda instancia interpuse recurso de hecho y presenté el alegato de que habla el inciso 1º del artículo 114 de la Ley 84 de 1931; como hasta la fecha no ha sido remitido el proceso a la Corte, solicito de esa alta entidad reclamarlo dando cumplimiento a lo prescrito en el inciso 3º del artículo antes citado.

"Para mayor orientación de la honorable Corte, acompaño los respectivos memoriales presentados al Comandante de la Brigada, cuyos originales reposan en el expediente respectivo; de estos documentos deducirá la justicia de mi petición, a la vez, tomando lo pertinente, ordenará la investigación de los diversos hechos delictuosos efectuados en mi contra; estoy listo a ratificarme con juramento."

Resulta, pues, que el señor Caviedes interpuso recurso de nulidad contra la sentencia de primera instancia, proferida "por un Consejo de Guerra", y "en subsidio, recurso de casación".

Al serle notificada la sentencia de segunda instancia dictada por el Comando de la Brigada de Institutos Militares interpuso recurso de hecho.

Quiere el memorialista que la Corte pida al aludido Comando el proceso para los efectos del artículo 114, inciso 1º de la Ley 84 de 1931.

Observa la Sala:

El capítulo VIII, título único del libro 1º del Código Militar (Ley 84 de 1931), atribuía a la Corte la competencia para conocer del recurso de nulidad interpuesto contra sentencias definitivas dictadas por Consejos de Guerra, ordinarios o superiores. El artículo 35 de la Ley 105 de 1931 (Código Judicial) confirmó aquella atribución conferida a esta Sala.

Pero el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) al señalar la competencia de la Sala Penal de la Corte no incluyó aquella atribución de conocer de las causas militares (artículo 42).

Si el pretendido recurso de hecho se refiere a la nulidad, no corresponde a la Sala el conocimiento de ese asunto.

Si el memorialista quiso recurrir de hecho contra la decisión del juzgador militar de segunda instancia que le negó el recurso de casación, ha debido sujetar su pretensión a lo dispuesto en el artículo 193 del Código de Procedimiento Penal que ordena que ese recurso se ventile de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, en donde se hallan estos preceptos:

"513. Siempre que se deniegue el recurso de apelación, puede la parte agraviada ocurrir de hecho al superior para que lo conceda.

"El que pretenda ocurrir de hecho, pide reposición del auto que deniega la apelación, y en subsidio copia de la providencia apelada, de las diligencias de su notificación, del escrito en que se interpone la apelación, del auto que la deniega y de cualquiera otra pieza que juzgue conveniente, y el Secretario la expide anotando la fecha en que la entrega al solicitante."

"514. El recurrente debe presentar al superior, dentro de los tres días siguientes, más el de la distancia, con la copia, un escrito en que funde el derecho que cree tener a que se le conceda la apelación denegada, y el superior decide en vista de lo alegado y aprobado (sic)."

"Si se estima bien denegada la apelación, se ordena ponerlo en conocimiento del inferior para que conste en los autos; si se decide que ha debido otorgarse, así se declara, expresando si la apelación se concede en el efecto suspensivo

o en el devolutivo, y disponiendo, en el primer caso, que el inferior remita el expediente original, previa citación de las partes, y en el segundo que proceda como se establece en el artículo 499."

"515. Si el superior cree que necesita copia de otras piezas del expediente para formar su juicio, puede pedirla."

"516. Para admitir el recurso de hecho se requiere que la apelación sea procedente, conforme a la ley, y haya sido interpuesta en tiempo, y que en tiempo también se haya pedido la reposición e introducido el de hecho."

"517. Si se concede una apelación en el efecto devolutivo y la parte considera que ha debido otorgársele en el suspensivo, puede, al llegar los autos al superior, presentarse de hecho; y si tiene derecho el recurrente, se le concede el recurso en el efecto denegado, y se dispone lo conveniente para que la admisión surta sus efectos."

"518. Las disposiciones de este capítulo se aplican, en lo pertinente, al caso en que se deniegue el recurso de casación."

Como parece que el peticionario ha sufrido confusiones en los recursos que ha intentado, conviene que la Sala advierta que ni la Ley 84 de 1931 ni el Código de Procedimiento Penal le atribuyen la facultad de conocer en casación de sentencias proferidas por Consejos de Guerra, ordinarios o superiores.

Por último, el señor Caviedes Arteaga dice que fue condenado por los sucesos del diez de julio por Consejo de Guerra Verbal, lo que haría todavía más improcedente la intervención de la Corte, pues las Leyes 84 y 105 de 1931, al hablar de esta Sala, en relación a los procesos militares, aludían a los Consejos de Guerra, ordinarios o superiores, pero nó a los Verbales.

Cree el señor Caviedes que sus Jueces militares, al proferir los fallos condenatorios, infringieron la ley penal. La Sala no entra a estudiar tampoco esa apreciación tan vagamente formulada por el memorialista, quien puede concretarla, precisando los cargos y señalando las personas que crea responsables, si así lo desea, ante la autoridad competente.

Por lo tanto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ordena que se devuelvan al señor Héctor Caviedes Arteaga los escritos que ha presentado a esta corporación por carecer de facultad para intervenir en la forma solicitada.

Quedan de este modo resueltas las peticiones hechas por el mismo señor Caviedes en sus diversos memoriales.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Recurso de revisión

El fallecimiento del reo que ha intentado la revisión y solicitado pruebas dentro del término correspondiente del recurso, no inhibe a la Corte para decidir el asunto, porque la resolución podría aprovechar no directamente al condenado, pero sí a sus herederos que, en la hipótesis de un resultado favorable, obtendrían la rehabilitación de la memoria del procesado, como también el beneficio de no pagar indemnización. Es verdad que el Código de Procedimiento Penal no es tan explícito como lo eran las leyes anteriores, que permitían la interposición del recurso de revisión por parte del cónyuge o de los parientes del condenado, que hubiese fallecido (artículo 2º, Ley 33 de 1909), pero es lógico pensar que la nueva Ley procedimental no pretendió desnaturalizar el sentido de aquel recurso extraordinario que sólo puede prosperar en casos excepcionales y demostrados en los términos exigidos por el mismo Código.

De los artículos 577 y 578 del Código de Procedimiento Penal se deduce que la nueva Ley procedimental fue menos afortunada que la anterior en cuanto a la clara determinación del alcance del recurso, y en cuanto al señalamiento de las personas que pueden intentarlo, pero a pesar de ello el propósito legislativo de conservar la tradición sobre los efectos de la revisión no se ha perdido. Desde luégo, en los casos en que la Corte decretara la revisión de un proceso, a pesar de haber fallecido el condenado, la repetición del juicio penal tendría características especiales por la falta del principal protagonista, pero esa peculiar fisonomía del asunto no impediría la revisión.

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

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

Vistos:

El Juzgado Superior de Cúcuta condenó a Luis Ramón Gómez como responsable del homicidio perpetrado en la persona de Marcos Antolínez a la pena principal de veinte años de presidio, fallo que fue confirmado por el Tribunal Superior de Pamplona en sentencia de treinta de abril de mil novecientos cuarenta.

En oportunidad interpuso el condenado recurso de casación con el resultado de que esta Sala declaró que no era el caso de invalidar el fallo del Tribunal.

En el mes de abril del año próximo pasado Ramón Parada López "preso bajo el nombre de Luis Ramón Gómez" en la cárcel modelo de Cúcuta intentó el recurso extraordinario de revisión alegando como fundamento la causal 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Artículo 571. En materia penal hay lugar a recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, en los casos siguientes: ..... 5º Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad."

La demanda de revisión sostiene en resumen que el Tribunal condenó a un individuo de nombre Luis Ramón Gómez y que en la región de San Cayetano en el Departamento de Santander, existen varias personas con el nombre de Ramón Gómez, de lo cual quiere deducir el recurrente que la persona a quien se le imputó el homicidio, especialmente por parte de la víctima Marco Antolínez antes de morir, es un tal Ramón Gómez, pero no el autor de la demanda que tiene por nombre Ramón Parada López.

Adujo como pruebas las declaraciones de Julio Cáceres Castillo y Emilio Cáceres; una libreta militar distinguida con el número 28239 perteneciente a Ramón Parada; copias de la partida de bautismo y de matrimonio del mismo sujeto; y copias de las sentencias de primera y segunda instancias y del fallo de la Corte cuando conoció la Sala del recurso de casación.

Cuando comenzaba a surtirse el traslado al recurrente para que alegara y después de que éste había conferido poder al doctor Pablo Salah Villamizar, se recibió aviso en esta Sala de que Ramón Parada López o Luis Ramón Gómez había fallecido, circunstancia que no impide que se decida el recurso.

A juicio de la Sala, en este caso el fallecimiento del reo que ha intentado la revisión y solicitado pruebas dentro del término correspondiente de recurso, no la inhibe para decidir del asunto, porque la resolución podría aprovechar no directamente al condenado, pero sí a sus herederos que, en la hipótesis de un resultado favorable, obtendrían la rehabilitación de la memoria del procesado, como también el beneficio de no pagar indemnización.

Es verdad que el Código de Procedimiento Penal no es tan explícito como lo eran las leyes anteriores, que permitían la interposición del recurso de revisión por parte del cónyuge o de los parientes del condenado, que hubiese fallecido (artículo 2º, Ley 33 de 1909), pero es lógico pensar que la nueva Ley procedimental no pretendió desnaturalizar el sentido de aquel recurso extraordinario que sólo puede prosperar en casos excepcionales y demostrados en los términos exigidos por el mismo Código.

Los artículos 577 y 578 del Código de Procedimiento Penal dicen:

"Artículo 577. Si la sentencia que se dictare en la causa revisada fuere absolutoria, el procesado será puesto en libertad, y él o sus herederos demandarán la devolución, por quien las haya percibido, de las sumas que hubiere pagado, ya como sanción, ya como perjuicios."

"Artículo 578. Los condenados a quienes se absolviere en virtud de la revisión, o sus herederos, tendrán derecho a exigir de los Magistrados o Jueces o testigos o peritos que hubieren determinado la condena, la indemnización de los perjuicios sufridos con ella. La acción correspondiente se surtirá ante los Jueces competentes del ramo civil."

De estos preceptos se deduce que la nueva ley procedimental fue menos afortunada que la anterior en cuanto a la clara determinación del alcance del recurso y en cuanto al señalamiento de las personas que pueden intentarlo, pero a pesar de ello, el propósito legislativo de conservar la tradición sobre los efectos de la revisión no se ha perdido.

Desde luégo, en los casos en que la Corte decretara la revisión de un proceso, a pesar de haber fallecido el condenado, la repetición del juicio penal tendría características especiales por la falta del principal protagonista, pero esa peculiar fisonomía del asunto no impediría la revisión.

Lo que se quiso presentar como hecho nuevo, es decir, que existió una equivocación por parte del Tribunal al condenar al recurrente como responsable de la muerte de Antolínez cuando el sujeto a quien se imputaba ese homicidio era un Ramón Gómez, distinto del condenado Parada López, no es un hecho nuevo, ya que él fue debatido ampliamente en las instancias y aun en casación.

En efecto, la Sala cuando conoció de la sentencia del Tribunal por el recurso de casación, dijo lo siguiente:

"Alega el procesado que él es Luis Ramón y no Ramón simplemente; que el moribundo Antolínez era Ramón Gómez (sic), pero nó habló de Luis Ramón Gómez; y que por consiguiente, ha habido en este proceso error en el nombre del sindicado. Por otra parte, después de que el jurado declaró responsable a Luis Ramón Gómez y antes de que el Juez dictara la sentencia, *el defensor presentó una libreta de servicio militar correspondiente al nombre de Ramón Parada y, alegando ser éste el apellido verdadero del reo, pidió la anulación del juicio por error en cuanto al apellido del procesado.* (Folio 116 del cuaderno 2º). *Esta última alegación no se ha repetido al sostener el recurso ante la Corte, pero vale la pena tener en cuenta el episodio, que no deja de ser sugestivo.* (Subraya la Sala). El señor Procurador contesta las objeciones acerca del nombre haciendo ver que en el curso del proceso, tanto los declarantes como el mismo defensor llaman al reo indistintamente Ramón o Luis Ramón Gómez. Significativo resulta que el Alcalde a quien tocó escuchar el relato hecho por el moribundo diga al repetir o reconstruír ese relato: ".....el herido, cuando yo llegué, les estaba contando a varias personas que el señor Ramón Gómez era quien lo había herido..." Y en otro pasaje se expresa así: "Marcos Antolínez dijo no solamente a mí sino a muchas personas que allí se encontraban, que el que le había hecho los disparos por la espalda había sido Luis Ramón Gómez, pero cuando a él se le precisó ya en diligencia y bajo juramento, como he explicado antes, quién había sido su heridor, entonces ya fué cuando dijo que el heridor se le había parecido a Ramón Gómez." (Folio 57 del cuaderno 1º). Ese Alcalde que así habla fue considerado parcial en favor del reo, hasta el punto de que en el auto de proceder contra Gómez por el homicidio se llamó también a juicio a dicho Alcalde Hipólito Ibarra, por falsedad, pues se le sindicó de haber tratado de alterar la declaración del herido Antolínez para poner en boca de éste en tono dubitativo, la aseveración hecha por él contra Gómez. En todo caso, la declaración del Alcalde a quien el Juez y el Tribunal tuvieron por algo más que sospechosa en favor del reo, hace ver que el moribundo se refería a su heridor, indistintamente, con el nombre de Ramón o con el de Luis Ramón; circunstancia de explicación obvia por ocurrir frecuentemente con las personas que tienen más de un nombre, que suele llamárselas por uno de los dos nombres o por el nombre completo. Por ninguna

parte aparece otro Ramón o Luis Ramón Gómez con quien se hubiese podido hacer confusión de persona o nombres; el Alcalde Ibarra, sospechoso de parcialidad en favor del procesado, redujo a prisión a éste, sin que le hubiera inquietado la menor duda sobre la identidad de Ramón o Luis Ramón Gómez a quien el moribundo sindicó y Luis Ramón Gómez a quien se ponía preso. Lo dicho, respaldado por las citas del expediente que hace el señor Procurador, basta para mostrar cómo no se ha incurrido en este proceso en error sobre el nombre o apellido del sindicado. Las alegaciones enderezadas a sostener que hubo error en el nombre o apellido del reo pierden también mucho de su posible fuerza con el hecho de que se haya pretendido asimismo anular la causa con el pretexto, fútil en este caso, de que el nombre del lugar del crimen está igualmente equivocado; y los pasajes transcritos de la vista del Procurador, alusivos a este particular hacen ver con absoluta claridad que no hay tal error. Aun suponiendo equivocado el nombre del lugar —que no lo es— con meridiana claridad resulta que allí, llámase *Palmarito* o *Las Brisas,* en aquel sitio, fue donde se le dio muerte, sorpresiva y traicionera, a Marcos Antolínez. Entonces ¿a qué viene provocar una duda enteramente artificial e infundada sino sólo para obtener la repetición de un proceso en que el sindicado tuvo todas las garantías de defensa, repetición que es un albur para él, que expondría seriamente los intereses de la justicia social? Si se indaga por el fundamento mismo de la nulidad procesal originada en equivocación relativa a la época y lugar en que se cometió el delito o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, es necesario reconocer que el legislador estableció esos motivos de nulidad no con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de los procesos, sino buscando las finalidades de identificar el delito y de evitar la injusta condenación de un inocente a quien las autoridades hayan podido confundir con el verdadero responsable a causa de una simple similitud de nombre o apellidos. Los criminales más avanzados suelen ser los que se mudan el nombre, y aun llegar a usar indistintamente cinco o seis nombres y apellidos. Sería absurdo atribuír a la ley la idea de amparar esa treta de los delincuentes brindándoles la manera de hacer anular sus procesos en la esperanza de conseguir la impunidad. La causal de nulidad relativa a equivocación en el nombre o apellido del procesado sólo es aplicable en hipótesis de que una fatal homonimia haya puesto en manos de la justicia a persona inocente pero que lleva el nombre del que sí delinquió. Las precedentes reflexiones no implican censura de la Corte al defensor que con tanto ahinco busca remedio a la condenación de su cliente. Por el contrario: debe reconocerse que el señor abogado ha hecho un esfuerzo máximo en favor del reo para obtener la nulidad del proceso y la consiguiente repetición del Jurado. Ese mismo esfuerzo tranquiliza el ánimo del juzgador en cuanto a la justicia del veredicto, pues demuestra que el sindicado tuvo no sólo teóricamente las garantías de defensa, sino que fue amparado en debida forma: y si el señor defensor tanto ha laborado en pos de la nulidad, ¿qué recursos y argumentaciones no desplegaría ante el Jurado para impugnar el fondo mismo de los cargos formulados contra el reo? Por último: si al recibírsele indagatoria al sindicado manifestó llamarse Luis Ramón Gómez, con esos nombres y apellido se profirió el auto de proceder, se formularon los cuestionarios al Jurado y se dictó la sentencia condenatoria. ¿Cómo podría así admitirse que hay error en el nombre y apellido del reo, cuando la justicia se ha atenido a la declaración del mismo sobre ese punto y puesto que no aparece desvirtuada en forma alguna tal declaración? Ahora: si lo que se persigue con las alegaciones sobre la identidad del nombre es impugnar no ésta sino la identidad del matador, o sea, demostrar que no hay pruebas para condenar al sindicado, la cuestión es diferente, relativa más bien a injusticia del veredicto y materia de una causal distinta de la invocada. Por tanto, ese punto no es objeto del estudio en el presente recurso. La Corte está en presencia del veredicto condenatorio de un Jurado, veredicto que tiene fundamento en las pruebas del sumario y que debe respetar."

A esto puede agregarse que inclusive en la parte resolutiva del fallo del Tribunal se dijo como para despejar toda duda lo siguiente: "Además se aclara que el nombre del acusado es Luis Ramón Gómez o Ramón Parada".

Como lo dijo la Corte, no existió tal equivocación en cuanto al nombre o al apellido del procesado, pues este mismo dijo llamarse en todos los actos en que intervino durante el proceso, Luis Ramón Gómez.

Además, es muy curioso que el recurrente en revisión Ramón Parada López hubiera interpuesto ante la Corte el recurso de casación diciendo que su verdadero nombre era Luis Ramón Gómez y no Ramón Gómez, simplemente.

¿Cómo es posible suponer que el recurrente en revisión cuando se estaba adelantando el proceso y se sindicaba como autor del homicidio a un sujeto de apellido Gómez y de nombre Ramón se hubiera cambiado el nombre verdadero para presentarse con el nombre y apellido del que se señalaba como delincuente? Semejante auto-persecución es inconcebible.

La presentación de la libreta militar no prueba nada o a lo sumo que el condenado usaba dos nombres. Pero de todos modos ese documento tampoco sirve para constituír el hecho nuevo de que se habla en la demanda, porque él fue conocido en las instancias cuando el defensor del reo, después de proferido el veredicto condenatorio, lo presentó al Juez Superior para hacer creer que se había incurrido en equivocación en cuanto al apellido del reo.

En cuanto a las declaraciones de Julio Cáceres Castillo y Emilio Cáceres basta observar que ellas sugieren simplemente que en la región de San Cayetano había varios sujetos de nombre Ramón Gómez, pero esa aseveración está contradicha por el certificado del Jurado Electoral de ese lugar. Pero aun aceptando que ellas tuvieran algún valor, resultarían, sin embargo, inconducentes para establecer la inocencia del condenado y la responsabilidad de otro sujeto totalmente deconocido.

Como esos testimonios aparecen sospechosos, se deberá investigar la responsabilidad penal consiguiente.

Por 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 de acuerdo con el señor Procurador, *niega* la revisión solicitada por Luis Ramón Gómez o Ramón Parada López de las sentencias de que trata la parte motiva de este fallo, por medio de las cuales fue condenado a la pena principal de veinte años de presidio y a las accesorias correspondientes como autor de la muerte de Marcos Antolínez.

Envíese copia de lo conducente al Juez Penal del Circuito de Cúcuta para que investigue la responsabilidad en que hayan podido incurrir Emilio Cáceres R. y Julio Cáceres Castillo al rendir las declaraciones de que se ha hecho alusión en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Sanción contra funcionarios públicos que intervienen en política

1. La ley estableció como delictuoso para los funcionarios y empleados públicos el hecho, lícito para los simples ciudadanos, de intervenir en debates de carácter político. Ese precepto envuelve una prohibición que debe ser especialmente respetada por los funcionarios del orden judicial y los Agentes del Ministerio Público, que representan en sus delicadísimas misiones a la justicia y a la sociedad, y por esa causa deben disfrutar de la confianza general que naturalmente desaparece cuando se ponen al servicio de menesteres partidistas.

2. La ley presume de derecho la posesión del Juez cuando hay constancia del nombramiento y del posterior ejercicio de las funciones. (Artículo 7º del Código Judicial).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre trece de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

Vistos:

Resultando:

El doctor Julián Silva fue acusado de intervenir en política a tiempo que desempeñaba el cargo de Juez del Circuito de Barbacoas.

El Tribunal Superior de Pasto ordenó adelantar la investigación correspondiente que calificó, en su auto de doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, llamando a responder en juicio criminal al sindicado, doctor Silva, "por un delito conocido con el rubro *de los abusos de autoridad y otras infracciones* que el Código Penal sanciona en su Libro II, Título III, capítulo VI".

Tanto el procesado como su defensor interpusieron contra aquella providencia el recurso de apelación que corresponde resolver a esta Sala.

El señor Procurador pide la revocatoria del auto de proceder a fin de que se complete la investigación, y al solicitar esa decisión aduce algunos argumentos que se estudiarán después.

La denuncia ratificada en debida forma dice:

"Yo, Samuel Ordóñez, con cédula de ciudadanía número 536028, mayor y de esta vecindad, por su conducto y ante la autoridad competente, denuncio los siguientes hechos para que se sirva hacer levantar la investigación correspondiente y aplicar la respectiva sanción, si ellos fueren debidamente comprobados durante el término del proceso, y son:

"El doctor Julián Silva, Juez Mixto del Circuito de Barbacoas ha estado interviniendo directamente en política durante el tiempo del desempeño de su cargo sin respeto alguno de la neutralidad oficial, que debe tener todo funcionario, especialmente los del Poder Judicial, como la establecen claras disposiciones legales.

"*Hecho concreto.* El día siete (7) de febrero del presente año concurrió a la casa del señor Gabriel Ortiz P., que tiene en esta población para en su carácter de Concejal Principal liberal de este Municipio integrar el Colegio Electoral liberal, que debía designar los Delegados a la Convención Liberal del Departamento, que se reunió en Pasto en el presente mes de marzo, para acordar los candidatos para la Cámara y Asambleas Departamentales para las elecciones del veintiuno (21) del presente mes.

"*Otro hecho.* El día diez y seis (16) del presente mes de marzo buscándolo el doctor Luis F. Molineros R., para ponerle un denuncio de abuso de autoridad que había cometido uno de los Guardas de Rentas Departamentales, lo encontró en una de las piezas bajas de la casa del señor Rosendo López, donde funciona el centro electorero del Comité llorentista, empacando votos e impartiendo órdenes para la organización del próximo debate electoral, en compañía del señor Personero Municipal, del señor Alcalde, del señor Director de la Campaña Antipiánica, del Jefe del Resguardo Departamental, del Agente Central de Rentas y de innumerables empleados departamentales y municipales, así como también del Agente de Rentas de Ñambí, señor Manuel Ortiz Cortés y de otros electoreros de la localidad.

"Para comprobar el primer hecho acompaño las declaraciones de los señores Jorge Daniel Arteaga, Luis Felipe Molineros R. y del señor Jorge Tulio Quiñones, debidamente certificadas y además el certificado del señor Alcalde Municipal de este Distrito en que certifica sobre el nombramiento y el ejercicio de dicho cargo de Juez Mixto de este Circuito del señor doctor Julián Silva en el presente período judicial.

"Las otras pruebas sobre nombramiento, posesión y ejercicio del cargo en las fechas indicadas, el Investigador podrá levantarlas en las Oficinas correspondientes."

El Tribunal comisionó, en su primer auto, al Alcalde de Barbacoas para la recepción de los testimonios y, más tarde, designó al Juez Municipal del mismo lugar para practicar las diligencias decretadas que no había llevado a término el primer comisionado.

Las declaraciones son del tenor siguiente:

Jorge Daniel Arteaga: "Sí me consta que el doctor Julián Silva, Juez Mixto de este Circuito, a pesar de estar investido de dicho cargo, asistió personalmente al Consejo Electoral o Asamblea deliberante que se efectuó en la parte alta de la casa de habitación del señor José Gabriel Ortiz, y tomó parte como miembro actuante en dicha Asamblea, seguramente en representación de la presidencia del Concejo Municipal que ha venido ejerciendo. Pues tengo tan presente dicho día, por tratarse de un domingo en que yo en mi calidad de miembro suplente del Concejo Municipal me tocaba asistir, y al efecto se me había hecho un poco tarde porque solamente a eso de las cuatro y treinta poco más o menos llegué del Diviso conduciendo la valija de correos nacionales hacia esta ciudad en el bus denominado *Costeñito*, que yo administraba. A esas horas fui llamado urgentemente por el miembro y colega Concejal Adalberto Pérez Chaves, pudiendo alcanzar a la deliberación y votación que en dicha sesión se efectuó."

Jorge Tulio Quiñones:

"Me afirmo y ratifico en la declaración rendida ante el Juez Municipal de esta ciudad el 16 de marzo del corriente año y cuyo contenido en lo pertinente dice: —Me llamo como está dicho, mayor de cuarenta años y sin generales de ley para con mi preguntante. A la segunda: —Es verdad que el día 7 de febrero del presente año concurrió a la casa del señor José Gabriel Ortiz P. el doctor Julián Silva, para, en su carácter de Concejero Municipal, integrar el Colegio Electoral Liberal que en esa fecha se reunió para elegir delegados a la Convención Liberal Departamental; Colegio del cual fue presidente el citado doctor Silva, quien autorizó el acta de la sesión que se verificó."

Luis Felipe Molineros Rivas:

"En esta diligencia me afirmo y ratifico en la declaración extrajuicio rendida en este Despacho, el 9 de marzo pasado, por ser verdad y constarme los hechos siguientes: que el día siete de febrero del corriente año el señor doctor don Julián Silva, Juez Mixto de este Circuito, concurrió a la casa del señor José Gabriel Ortiz P., ubicada en esta ciudad, en su carácter de Concejero Municipal liberal, a integrar el Colegio Electoral Liberal que según los estatutos del partido debía reunirse en ese día para elegir delegados a la Convención Liberal Departamental, que debía designar los candidatos para Representantes al Congreso y Diputados a la Asamblea Departamental, que como representativo del partido deben concurrir a dichas corporaciones respectivamente, junta política ésta en la que el citado doctor Silva fue elegido Presidente, y como tal autorizó el acta correspondiente."

El señor Procurador dice al analizar la prueba testimonial:

"Las declaraciones que se han recibido para acreditar los cargos en contra del Juez de Barbacoas, tienen también serias deficiencias. En primer lugar, el hecho de que hayan sido tomadas extra-juicio, a petición de un cualquier ciudadano de tantos como abundan, interesado en perjudicar a un funcionario que no es de sus simpatías, les resta mucho valor probatorio. En segundo lugar, su misma uniformidad las hace sospechosas. En toda declaración extra-juicio se presenta siempre esa situación dudosa, pues el testigo se limita a contestar preguntas elaboradas con anticipación, muchas de las cuales son conocidas por él cuando se presenta a declarar. Aquella libertad que nuestra ley de procedimiento pide para el testigo, a fin de que su relato sea lo más espontáneo y sincero posible, no existe en aquel género de diligencias. Y el Juez que debe interrogar al declarante sobre circunstancias que no estén suficientemente dilucidadas, pierde también su arbitrio, pues a él se le ha solicitado que haga contestar unas preguntas cuya significancia judicial desconoce."

"Si tales declaraciones hubieran sido tomadas por el funcionario de instrucción, indudablemente estarían representando un valor diferente dentro de este proceso. Se sabría, por ejemplo, si la reunión celebrada el día 7 de febrero de 1943 en la casa del señor José Gabriel Ortiz fue pública o privada y se conocerían también las consecuencias políticas del acto que se celebró. El hecho de que hubiera tenido lugar la reunión en una casa particular hace presumir que su carácter fue privado, pues los domicilios de las personas no son generalmente los que se emplean para congregar a los numerosos militantes de un partido político, ni los que se utilizan como cuarteles de operaciones electorales."

"Se dice por los individuos llamados a deponer sobre este episodio que de la reunión se dejó un acta y que tal acta la suscribió el Juez

Mixto de Barbacoas, en su calidad de Presidente de la junta política. Pero la copia del acta no aparece en el informativo, siendo, como se afirma, un papel necesario para establecer el carácter de la reunión celebrada en la casa del señor Ortiz. Falta, pues, esta prueba en el expediente."

"¿Qué clase de corporación es un Colegio Electoral? Dentro de nuestra legislación no existe actualmente ese cuerpo. Y si está llamado, en virtud de los estatutos de un partido político, a influir en la escogencia de los candidatos a una Asamblea y al Congreso de la República, debe precisarse esta atribución, pero no en la forma tan vaga como la exponen los testigos que reclutó el denunciante. Hay que establecer completamente, además de los puntos anotados ya, cuál es el papel de los Colegios Electorales, pues sólo partiendo de una demostración completa sobre el caso es posible decir si quien interviene en sus deliberaciones ejerce una función política."

"Por otro lado, conviene esclarecer mejor la actuación del Juez Silva el 16 de marzo, en cuanto se afirma que estaba en una casa particular incluyendo papeletas dentro de los sobres y dando órdenes para el desarrollo del debate. Sobre imputación tan difusa no es jurídico proferir un auto de enjuiciamiento. ¿Qué clase de órdenes estaba dando el Juez Silva? ¿Cuáles fueron sus palabras? Nadie lo dice. Sin embargo, el Tribunal resuelve aceptar el cargo así, en bloque, sin el previo análisis crítico a que es forzoso someter las aseveraciones de los testigos."

"La exposición de Pedro Fruto Gutiérrez, única que se refiere a lo relatado por el denunciante, no puede ser más vaga. De esa pieza no se desprende ningún cargo para el Juez del Circuito. Refiere el testigo que habiendo tenido necesidad de hablar con el Juez, se dedicó a buscarlo, que fue al 'Hotel Camarada', donde estaba hospedado, y a otros lugares, y que después lo encontró en una de las piezas bajas de la casa de Rosendo López, donde funcionaba el Comité Llorentista. Agrega que allí vio a otros empleados. Pero ¿qué hacían el Juez y los demás funcionarios públicos en esas 'piezas bajas' de la casa del señor López? El juzgador de primera instancia debió preocuparse por averiguarlo, pues a los funcionarios públicos se les cobra penalmente es su *intervención* en los debates políticos, o el formar parte de los Directorios. La intervención requiere actuación, requiere actividad. Y es preciso conocer sus consecuencias porque sólo éstas dan la tónica al hecho juzgable."

Comienza el señor Agente del Ministerio Público por demeritar los testimonios a causa de que fueron recibidos extrajuicio "a petición de cualquier ciudadano de tántos que abundan, interesado en perjudicar a un funcionario que no es de sus simpatías".

Las declaraciones de los señores Jorge Daniel Arteaga, Jorge Tulio Quiñones y Luis Felipe Molinares fueron rendidas, dentro de la investigación, ante el funcionario instructor comisionado por el Tribunal.

Aparte de esas deposiciones existen las siguientes que no fueron escritas extrajudicialmente:

Luis Avelino Pérez dijo:

"El día 7 de febrero, si mal no recuerdo, asistí en mi calidad de Concejal Principal liberal a la reunión que en casa del señor José Gabriel Ortiz verificaba el Colegio Electoral Liberal Municipal, para elegir Delegados a la Convención o Asamblea Liberal Departamental encargada de formar las planchas del partido para Diputados y Representantes al Congreso Nacional. Es verdad que en dicha reunión del Colegio Electoral Liberal se encontró el señor doctor Julián Silva y actuó como Presidente del citado Colegio Electoral, sesión de la cual se extendió un acta que firmamos todos los asistentes, inclusive el citado doctor Silva."

Pedro Fruto Cortés expuso:

"Más o menos el 16 de marzo, en las primeras horas de la noche, el doctor Luis Felipe Molineros R. se vio obligado a buscar al señor Juez Mixto del Circuito, doctor Julián Silva, para ponerle un denuncio de 'abuso de autoridad' que había cometido uno de los Guardas de Rentas Departamentales, buscándolo primeramente en el Hotel Camarada de esta localidad, preguntándome si lo había visto por algún lugar, pero ni el doctor Molineros ni yo lo encontramos, porque en realidad se hallaba en una de las piezas bajas de la casa del señor Rosendo López, donde funcionaba el centro político o Comité Llorentista, como organización para presentarse al debate electoral que se avecindaba. Es verdad también que se hallaban algunos empleados, como son el señor Personero Municipal, el señor Director de la Campaña Antipiánica, el señor Agente Central de Rentas y muchos otros. Pude darme cuenta de este hecho porque en mi calidad de Juez Municipal atendí la solicitud que me hiciera previamente el doctor Luis Felipe Molineros y otros, para que exigiera del Guarda de Rentas Departamentales la devolución de un paquete que según el doctor Molineros y otros amigos suyos, decían contener unos votos para el Municipio de Maguí. Me acerqué a la Casa Liberal ya anotada con el propósito de cumplir la solicitud anterior, y pude ver que se hallaban reunidos, con muchos ciudadanos simpatizadores del Círculo Llorentista, los señores arriba mencionados."

En cuanto a la calidad de Juez del sindicado, obran en autos los siguientes documentos:

Certificado del Alcalde de Barbacoas, de 11 de marzo de 1943, que dice: "Que el doctor Julián Silva, nombrado Juez del Circuito para el período comprendido entre el 1º de julio de 1941 y 30 de junio de 1943, ha ejercido y ejerce en la actualidad dicho cargo a contentamiento del vecindario en general".

Certificado de la misma Alcaldía, de julio 30 de 1943, que dice:

"Que el incendio ocurrido en esta ciudad la noche del 17 de febrero del año en curso destruyó el archivo de esta Alcaldía, y gran parte del de la extinguida Prefectura, habiéndose quemado allí los libros de actas de posesión a que se refiere el oficio anterior, razón ésta para no expedir la copia solicitada."

Copia del acta de la sesión en que el Tribunal nombró Juez al doctor Silva y confirmó ese nombramiento. (Folios 29 vuelto y 30).

Certificado de la Secretaría del Tribunal, de 17 de septiembre de 1943, que dice:

"Que según las constancias de los libros de esta Secretaría, no hay alguna que indicara que el doctor Silva Julián hubiera sido reemplazado en el cargo de Juez Mixto del Circuito de Barbacoas durante los meses de febrero y marzo de este año."

En relación con la aludida calidad de Juez del doctor Silva, dice el señor Procurador:

"Consta que el doctor Silva fue nombrado para desempeñar el cargo de Juez de Circuito de Barbacoas, según la copia del acuerdo 14, del 19 de mayo de 1941, dictado por el Tribunal de Pasto; consta, igualmente, que estuvo en continuo ejercicio de su cargo hasta la época en que se contrae el denuncio. (Folios 29 y 30 vuelto)."

"No fue posible encontrar el acta de posesión, porque el libro correspondiente, junto con otros documentos oficiales, desapareció en el incendio de Barbacoas ocurrido el 17 de febrero de 1943, como consta del certificado expedido por el Secretario de la Alcaldía Municipal el 30 de julio del mismo año."

"El Tribunal llama prueba supletoria del acta de la posesión a la certificación expedida por el Secretario de esa corporación, según el cual 'no hay alguna (constancia) que indicara que el doctor Julián Silva hubiera sido reemplazado en el cargo de Juez Mixto del Circuito de Barbacoas durante los meses de febrero y marzo de este año' (1943). La anterior certificación puede acreditar el ejercicio del cargo, pero es defectuosa en lo que se relaciona con la posesión del empleado. La prueba específica que requiere la ley para indicar el carácter de funcionario público que concurre en determinada persona, es la copia de estas tres diligencias: nombramiento, posesión y ejercicio. Faltando cualquiera de estas diligencias, no se ha establecido de manera completa el carácter de empleado que, para este caso, por tratarse de un delito de responsabilidad, es el que permite al Tribunal conocer del asunto y a la honorable Corte revisar los actos de aquella entidad."

"Si el libro en donde constaba el acta de posesión del Juez Mixto del Circuito de Barbacoas se quemó en un incendio, la que debe *suplirse*, de manera concreta y precisa, es esa prueba y no otra. El proceso falla por este aspecto."

En la indagatoria se lee:

"Juez.—Diga usted cuál fue el individuo que en su carácter de Juez Mixto de este Circuito de miembro principal liberal del Concejo Municipal de este Municipio, le correspondió integrar el Colegio Electoral Liberal que debía designar los Delegados a la Convención Liberal del Departamento, que se reunió en Pasto en el pasado mes de marzo, para acordar los candidatos a la Cámara y Asamblea Departamental, respectivamente, para las elecciones últimas que se verificaron el 21 de marzo pasado. Indagado.—En mi condición de miembro principal y Presidente del Concejo Municipal, tocóme intervenir en el Colegio Electoral de este Municipio para nombrar los Delegados a la Asamblea que se reuniría en Pasto, pero lo hice convencido de que no había ninguna incompatibilidad legal para concurrir a dicha reunión, ya que no se trataba de formar parte de una junta de carácter permanente, que es el caso que contempla la ley para prohibir a los funcionarios públicos puedan formar parte de dichas corporaciones."

Considerando:

La ley estableció como delictuoso para los funcionarios y empleados públicos el hecho, lícito para los simples ciudadanos, de intervenir en debates de carácter político.

Ese precepto envuelve una prohibición que debe ser especialmente respetada por los funcionarios del orden judicial y los Agentes del Ministerio Público, que representan en sus delicadísimas misiones a la justicia y a la sociedad, y por esa causa deben disfrutar de la confianza general que naturalmente desaparece cuando se ponen al servcio de menesteres partidistas.

El Código Penal en sus artículos 179 y 180 dice:

"Artículo 179. Los empleados del orden judicial o los Agentes del Ministerio Público que fueren mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, o abogaren en ellos, aunque estén en uso de licencia, o que aconsejaren a cualquiera de las partes litigantes, incurrirán en arresto de un mes a dos años y en interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término.

"Los demás funcionarios o empleados públicos, que no pudiendo ser mandatarios ni abogar en asuntos judiciales o administrativos, violaren esa prohibición, incurrirán en la pérdida del empleo y en multa de diez a quinientos pesos.

"Artículo 180. En la misma sanción establecida en el primer inciso del artículo anterior incurrirá el funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de ese carácter."

El doctor Silva, en la época en que desempeñaba el cargo de Juez del Circuito de Barbacoas, formó parte de una corporación netamente partidista, o sea el Colegio Electoral de determinado partido político, actuó como Presidente de esa agrupación y tomó parte en la designación de los delegados políticos a la convención o asamblea política encargada de formar las listas del mismo partido para Diputados Departamentales y Representantes al Congreso Nacional.

Ese hecho sucedido el 7 de febrero de 1943 está demostrado con las declaraciones de Jorge Daniel Arteaga, Luis Avelino Pérez, Jorge Tulio Quiñones y Luis Felipe Molineros R.

El Juez acusado no negó el hecho —y ni siquiera se le ocurrió descalificar al denunciante por considerarlo un ciudadano cualquiera de tántos como abundan, interesado en causarle perjuicios por no ser de sus simpatías—, sino que simplemente se limitó a explicarlo, diciendo que el aludido Colegio Electoral no era una junta de carácter permanente.

Pero tal explicación es vana porque el cargo formulado al funcionario judicial no es el de que haya formado parte de un directorio político, sino el de haber tomado parte en un debate de ese carácter.

En efecto, el Tribunal en su auto de calificación del sumario dice:

"Un empleado del Organo Judicial sí puede ser Concejero Municipal, pero naturalmente su órbita de acción está señalada y determinada expresamente por las disposiciones del Código Político y Municipal en su capítulo IV de las atribuciones de los Concejos Municipales. Las funciones de los Concejeros Municipales son de orden netamente administrativas, funciones que no acarrean incompatibilidad para que el cargo de Concejal sea desempeñado por un funcionario del Organo Judicial, por expreso mandato legal. Distinto es que un partido político le señale al Concejal determinadas funciones de este carácter, pues que estos son preceptos que emanan de una corporación política y que corresponde al funcionario del orden judicial obedecerlas o nó, según el respeto que tenga por las instituciones legales que le indican, la norma de conducta frente a la política."

"Que un Juez de Circuito, siendo Concejero Municipal, forme parte de un Colegio Electoral o presida esa corporación, para elegir delegados, que a su vez lancen la lista de candidatos por los cuales se deba trabajar, de suyo implica intervención en el debate político, que como se dijo antes, se inicia pre-electoralmente; pues que ya se establece la iniciación del debate, tanto que se elige a quienes deben dar los nombres por los cuales debe efectuarse la campaña política."

Se formuló igualmente al doctor Silva el cargo concreto de que el 16 de marzo de 1943 estuvo en una casa en donde funcionaba un centro electorero, en compañía de varias personas, entre ellas algunas que desempeñaban también cargos públicos, y allí "empacó votos e impartió órdenes para la organización del próximo debate electoral".

El denunciante no dice que hubiera presenciado el hecho, y el único testigo que hace alusión a ese cargo, esto es, Pedro Fruto Cortés, tan sólo declara que se dio cuenta de la reunión de varias personas en la casa del señor Rosendo López, pero no habla de que hubiera visto empacar votos ni tampoco de haber escuchado órdenes de ninguna naturaleza.

No hay base, por lo tanto, para que se llame a juicio al doctor Silva por este segundo cargo.

—

En los procesos de que conoce esta Sala, como fallador de instancia, siempre ha exigido la prueba de la investidura oficial del sindicado, esto es, las constancias legales de nombramiento, posesión y ejercicio del cargo en la época de los hechos imputados.

En el presente caso, falta la copia del acta de posesión, porque el libro en que estaba escrita se incendió. Sería excesivo exigir, a título de aparente y solemne legalismo, pruebas especialísimas para suplir la destruída, cuando en el proceso se halla el certificado del Tribunal de folio 30, formulado precisamente en vista de la falta de libro de posesión, certificado del cual aparece que el Juez Julián Silva no fue reemplazado en su cargo durante los meses en que se sucedieron los hechos delictivos que se investigan.

Además de esa prueba, existe el certificado del Alcalde de Barbacoas (folio 5) y la propia confesión del sindicado, contra quien no hay el más leve motivo para sugerir que estaba usurpando las funciones de Juez.

Y por último, sería impertinente la prueba supletoria de la posesión del Juez, porque la ley presume de derecho ese acto cuando hay constancia del nombramiento y del posterior ejercicio de las funciones.

En efecto, el artículo 7º del Código Judicial dice:

"7. El nombramiento y el posterior ejercicio de las funciones de Magistrado o Juez hacen presumir de derecho la posesión, tanto para el efecto de estimar válidos los actos ejecutados por estos empleados, como para exigirles la responsabilidad que corresponda por la ejecución de los mismos actos."

Por 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 oído el concepto del señor Procurador, confirma el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de fecha doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, por medio del cual se llamó a responder en juicio al doctor Julián Silva, Juez Mixto del Circuito de Barbacoas, por uno de los delitos contemplados en el Capítulo VI, Título III, libro II del Código Penal, que trata "de los abusos de autoridad y otras infracciones".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

No se repone el auto reclamado

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

Vistos:

El señor Héctor Caviedes Arteaga ha pedido reposición del auto de cuatro del mes próximo pasado, por medio del cual esta Sala ordenó que se devolvieran al peticionario algunos escritos en que pedía la intervención de la Corte.

Las razones en que apoya su nueva petición son las siguientes:

"La Ley 94 de 1938 no le quitó a la Corte la competencia para conocer de las *sentencias definitivas proferidas* por Consejos de Guerra. Lo que hizo el legislador del año 38 fue consagrar una segunda instancia en determinados procesos militares que no la tenían y determinó que ésta debía efectuarse ante los Tribunales Superiores, pero en manera alguna pensó en quitar el recurso especial de nulidad. Lo que sucedió fue que el artículo 28 de la Ley 84 de 1931 era contradictorio y su disposición absurda, ya que en la primera parte estatuía una segunda instancia para determinados procesos y de conformidad con la segunda establecía únicamente el Recurso Especial de Nulidad por causales expresamente determinadas y así el legislador corrigió tal anomalía. Al atribuir a los Tribunales Superiores el conocimiento de las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas por tales Consejos estableció la segunda instancia que en realidad no tenían, mas no por esto puede decirse que con el numeral 5º del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal se derogó la segunda parte del artículo 28 de Justicia Militar que estatuye el recurso especial de nulidad.

"El hecho de que en la parte final del numeral 5º se diga 'y de los incidentes de nulidad que se susciten en las causas militares de que conocen dichos Consejos' no puede tomarse como una derogación del recurso especial de nulidad atribuido a la Corte en las sentencias definitivas. Pues, en primer lugar, el artículo 391 del Código Judicial determina que los incidentes son las cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio y que requieren una decisión especial; su tramitación está reglamentada en los artículos 392, 393 y 394 de la misma obra. Por otra parte del contexto mismo del numeral 5º del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal se saca la conclusión de que los incidentes de nulidad se deben presentar en la tramitación del juicio militar, no en la sentencia cuando ésta es ya de segunda instancia. Querer dar a los Tribunales una atribución que no tienen con fundamento en el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal es inadmisible a todas luces, ya que sería establecer de hecho una tercera instancia.

"Lo que hizo el legislador al atribuir a los Tribunales Superiores el conocimiento de determinados procesos militares fue consagrar para tales negocios una segunda instancia que debía efectuarse ante Jueces de derecho. La simple apelación que puede hacerse ante dicha entidad demuestra la verdad de nuestra afirmación. Ahora es natural que el Tribunal que conoce, por apelación o consulta, de una causa, debe examinar las nulidades que existan y fallarlas inmediatamente, bien sean éstas las que determinan los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal; mas dictada la sentencia de segunda instancia, debe estarse a lo que dispone el artículo 201 de procedimiento penal o a lo que determina la parte segunda del artículo 28 de la Ley 84, según el caso. Lo anterior es evidente, pues si el Tribunal Superior en la sentencia de segunda instancia, proferida en un asunto militar, incurre en las causales de nulidad de que habla el artículo 111, es lógico que la Corte tiene que conocer del negocio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 84 de 1931 y de conformidad con el Capítulo VIII, Título único del Libro 1º del Código Militar (Ley 84 de 1931).

"En el recurso de nulidad interpuesto se discute el valor jurídico de la sentencia de segunda instancia, teniendo como base las causales enumeradas en el artículo 111 de la Ley 84 de 1931. En el fondo no es más que una casación a tal providencia, con el fin de que dicha providencia sea anulada si tiene violaciones expresas de textos legales, unificando así la jurisprudencia nacional. Lo anterior demuestra que en una y otra está sintetizada la razón del recurso que se funda en que la sentencia sea violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma. La Corte Suprema, en sentencia de 30 de septiembre de 1924, dijo al

respecto lo siguiente: 'Casar en derecho equivale a anular, de suerte que el recurso de casación no es otra cosa que un recurso de nulidad del fallo contra el cual se ejercita, y por esta razón para expresar que se casa una sentencia, se emplea indistintamente las formas verbales, anúlese, invalídese y cásese'."

Que la ley no habla de la intervención de la Corte en los Consejos de Guerra Verbales es verdad, pero mal podía hablar de ello, una vez que están comprendidos en la disposición general, y así el artculo 112 de la Ley 84 de 1931, al decir Consejos Ordinarios y Superiores, comprende a éstos, ya que son también ordinarios y superiores según se trate de juzgar a un soldado o a un Oficial. La narración misma del artículo es clara; la coma puesta después de Consejos de Guerra da a esta significación genérica la amplitud para conocer de todas las causas militares que se juzguen por Consejos, y al decir "Ordinarios y Superiores" no indica una proposición limitativa o taxativa, sino meramente enumerativa. Por otra parte, como se convencerá la honorable Corte al estudiar el respectivo proceso, no se trata en realidad de un Consejo de Guerra Verbal, una vez que no se dio cumplimiento en manera alguna a los artículos 106, 107, 108 y 109 de la Ley 84 que se refieren a dichos Consejos y que es lo esencial en su tramitación, pues a mí, violando lo dispuesto por el artículo 11 del Código Militar, se me trajo de Pasto a esta capital, en donde se me juzgó con declaraciones escritas, recepcionadas en Pasto muchos días antes; tampoco se me recepcionó la prueba que solicité en la audiencia y no se me dio medio de defensa.

"*En mi juzgamiento se infringió la ley penal:* En primer lugar, con el hecho de haberme detenido e *incomunicado* por más de cuarenta días. El día 14 de julio se me detuvo e inmediatamente se me mandó de Pasto a esta capital, en donde se me encerró en una pieza de la Escuela de Artillería, en la que permanecí hasta el día 22 de agosto en que se me trasladó a la Escuela Militar, quedando terminada la incomunicación el día 25 por la tarde. Con este procedimiento arbitrario se violaron los artículos 60 y 61 de la Ley 84 de 1931, el artículo 295 del Código Penal y los artículos 346, 383 y 386 del Código de Procedimiento Penal. De la detención e incomunicación pueden dar testimonio todos los Oficiales de planta de aquel entonces de la Escuela de Artillería, entre ellos los Tenientes Gonzalo Munévar, Hernando Vanegas, Rafael Blanco Córdoba; Capitanes Manuel Prada Fonseca, Ezequiel Palacios y Juan B. Córdoba. Como a mí no se me notificó providencia alguna de detención, la investigación debe adelantarse en contra del Comandante de la Brigada de Institutos Militares de aquel entonces, señor Coronel Germán Ocampo, bajo cuyo cuidado se adelantó la investigación y en dicha Oficina se radicó el asunto.

"El día 25 de agosto por la tarde fui notificado de la sentencia proferida en mi contra por un Consejo de Guerra, e interpuesto el recurso de apelación, presenté un memorial, en el que sintetizaba las razones que me asistian y a la vez interponía recurso de *nulidad* contra el citado fallo. Lo anterior lo acredito con el respectivo escrito que debe reposar en el expediente, con el testimonio del Coronel Régulo Gaitán, Director de la Escuela Militar y quien le dio el respectivo pase; con los testigos presenciales señores: Teniente Francisco Lizarazo, Subteniente Pablo E. Pinillos y Hernando Escandón; con el testimonio del Mayor Ordóñez y del Capitán Romero. Pero es el caso que el señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares y quien debía conocer de la apelación, hizo caso omiso de todo y no consideró el memorial y las razones que me asistian. Aún hay más: se trataba de una sentencia en materia criminal y la responsabilidad del funcionario que rehuse, niegue o retarde un acto propio de sus funciones, es grave. El hecho de haberme detenido e incomunicado por tánto tiempo, demuestra a las claras que existía animadversión en contra mía y que en toda forma se quería perjudicarme, razón por la cual el Coronel Germán Ocampo debe responder también por uno de los delitos que contempla el Código Penal en su Capítulo V, Título II del Libro II."

Como se ve, resulta bastante difícil comprender los motivos jurídicos que inclinan al peticionario a pensar que la Corte debe estudiar el proceso contra él adelantado y que, según propias afirmaciones, terminó con sentencia condenatoria de segunda instancia.

Dice el señor Caviedes que "es inadmisible a todas luces" querer dar a los Tribunales una atribución que no tienen, ya que sería establecer de hecho una tercera instancia, y agrega que la Ley 94 de 1938 atribuyó a los Tribunales Superiores el conocimiento en segunda instancia de determinados procesos militares, y, de esa suerte cuando esos Jueces ordinarios fallaran, por apelación o consulta de una causa militar, a la Corte le correspondería conocer del negocio. Es decir, que esta Sala sería Tribunal de tercera instancia, siempre y cuando que se cumpliera el supuesto del peticionario de que la primera instancia hubiera correspondido a un Tribunal Militar y la segunda instancia a un Tribunal Superior del Distrito Judicial. Pero como en el caso de autos el señor Caviedes fue juzgado en las dos instancias por Jueces militares, aun dentro de la confusa hipótesis que él presenta, la Corte no tiene por qué intervenir.

El peticionario está tan poco seguro de lo que quiere, que le dice a esta Sala que lo que pretende es discutir "el valor jurídico de la sentencia de segunda instancia", lo que según su propio concepto "en el fondo no es más que una casación a tal providencia".

Si se trata de casación, la Sala repite que ni la Ley 84 de 1931 ni la Ley 94 de 1938 establecieron ese recurso extraordinario contra las sentencias proferidas por Consejos de Guerra, ordinarios o superiores. Si se trata de discutir en recurso ordinario el valor jurídico de la sentencia de segunda instancia, es intentar que la Corte se constituya en fallador de tercera instancia.

Por último, el señor Caviedes debe acudir, si lo cree conveniente, ante los Tribunales competentes a formular denuncia criminal contra sus Jueces, pero es natural que al realizar ese acto debe especificar los hechos delictuosos que les imputa y señalar quiénes son esos funcionarios.

La Corte no está obligada a investigar ni a ordenar investigación por denuncias vagas que no le den la impresión de que la autoridad deba ocuparse de tal averiguación, lo que, se repite, en nada coarta el deseo del peticionario de acudir al Juez a quien le correspondiera el levantamiento del sumario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no repone su auto de fecha cuatro de octubre último.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Sorteo de Jurados

El artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, al hablar de la extracción de las fichas correspondientes a los Jurados que se tratan de reemplazar, se refiere al número de las balotas que deban insacularse, es decir, que si se debe sustituír un Jurado, se sacará una sola ficha, pero si fueran dos se insacularían dos, y así sucesivamente. Este precepto legislativo tiene sin duda su explicación en el cambio de sistema traído por el Código, pues en la anterior legislación siempre se insaculaban, en los sorteos parciales, lo mismo que en los totales, balotas en número superior al de los Jurados que iban a reemplazarse, porque el reo y el Ministerio Público hacían uso del derecho de caprichosa recusación, hoy suprimido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de fecha nueve de junio del presente año, condenó a Marcos Rincón Duarte a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de José Donato Garza, fallo contra el cual interpuso el defensor del reo recurso de casación, el cual fue concedido.

Declarado admisible el recurso se corrió el traslado legal y el defensor del reo presentó como fundamento de la demanda la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

El señor defensor expone las razones siguientes:

"Primero. El sorteo de Jurados en la causa criminal seguida contra Marcos Rincón se verificó no sobre las doscientas balotas que ordena la ley procesal, sino sobre un número superior al ya dicho.

"Segundo. En la misma causa se verificó un sorteo parcial de Jurados sin extraer previamente la balota correspondiente al Jurado que se trataba de reemplazar.

"Tercero. Los errores cometidos por el Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga en relación con el número de balotas y con el modo de verificar el sorteo parcial son de tal naturaleza, que constituyen una equivocación *"de la cual resulta que no puede saberse cuáles eran los designados que* realmente *debían formar el Jurado"*, en el caso de que el Juzgado no hubiera incurrido en dicha equivocación, toda vez que para el sorteo, que se funda en el cálculo de probabilidades, no es lo mismo que se haga sobre cien, doscientas o doscientas diez o más balotas, y mucho más si se tiene en cuenta que en ciudades como Bucaramanga es muy limitado el número de ciudadanos capaces de ser Jurados por sus condiciones de probidad y de ilustración, siendo del todo cierto que mientras más nombres sean incluídos en una lista mayor será el número de los que la ley y la justicia reputan indeseables, al estatuír para la designación del Jurado y a modo de solemnidad ritual de garantía social un número de hombres determinado, ni tan pequeño que el azar no tenga aplicación ni tan grande que haga imposible la selección.

"Cuarto. Los hechos ya anotados son constitutivos de nulidad que puede alegarse en cualquier tiempo, según el artículo 201 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la única de las nulidades previstas en el numeral 5º del artículo 199 de la misma obra, que requiere reclamación oportuna en el mismo acto del sorteo es la que consiste en 'haberse omitido en la misma cualquiera formalidad de las que la ley señala', y en modo alguno la anterior que consiste en 'haberse incurrido en la diligencia del sorteo en una equivocación tal que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el Jurado', nulidad esta última que no está afectada por la excepción que se refiera a la segunda nulidad del mismo numeral, toda vez que *excepciones sunt estrictissimae interpretationis*.

"Quinto. De acuerdo con lo anterior la sentencia recurrida es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

La nulidad alegada es la prevista en el ordinal 5º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"5º Haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debian formar el Jurado; o haberse omitido en la misma cualquiera formalidad de las que la ley señala, siempre que en este último caso se haya hecho la reclamación correspondiente por alguno de los interesados al tiempo de verificarse el acto y que sea dicho interesado el que alega la nulidad".

Dos motivos diversos de nulidad se establecen en este ordinal: a) Incurrir en la diligencia de sorteo en una equivocación de tal naturaleza que impida saber cuáles son los ciudadanos que realmente deban formar parte del Jurado; y b) Omitir en ese acto alguna formalidad señalada por la ley, siempre que en él se haya hecho el reclamo.

En cuanto al primer motivo conviene observar que, en la diligencia de sorteo de Jurados, que corre al folio 25 vuelto del cuaderno 2º, no aparece que se hubiera cometido ninguna equivocación, ni menos de índole tal que impidiera saber cuáles eran los designados que realmente debian formar el Tribunal de conciencia. Si hubo algún error su origen estaría en la formación de la lista de Jurados, en cuanto se constituyó con doscientos once (211) nombres en vez de doscientos (200), pero este exceso no implica una equivocación en el acto del sorteo, y de otro lado, está lejos de producir incertidumbre acerca de los nombres y de la identidad de los cinco Jueces de hecho que debian proferir el veredicto.

La sanción de nulidad del acto o de la actuación procesal, en la mayoría de los casos la impone el legislador para afianzar las garantías individuales de que disfruta el acusado, a quien no debe sorprenderse sino al contrario rodear de seguridades para que pueda ejercer expeditamente su defensa. De ahí que las nulidades sean taxativas.

Pero aquellas garantías no se desconocieron porque las listas de Jurados contuvieran un número de nombres que ligeramente sobrepasa al de doscientos.

El Tribunal al comentar el hecho de la formación de las listas con un número de Jurados superior al de doscientos, demostró cómo ello no constituye nulidad, con argumentos que se encuentran transcritos en la vista del señor Procurador, y que son:

"Ciertamente, el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal dice que la lista de cada Juzgado deberá contener tantos nombres cuantos correspondan, a razón de doscientos por cada Juzgado; pero el Tribunal entiende que este número es indicativo del mínimo de nombres que la lista debe contener, de modo que pueden excederse sin incurrir en vicio que la afecte de ilegalidad.

"Si el número de doscientos que allí se indica fuera tan exacto como piensa el señor Fiscal, es claro que no sólo el exceso en el número de Jurados la haría defectuosa, sino también la disminución; y entonces resultaría que muerto uno o varios de los miembros que inicialmente la formaron, o ausentes algunos de la cabecera de Distrito, la lista vendría a resultar ilegal, no al principio de su formación sino en el curso del período de servicio, y no podría tomarse en cuenta para los sorteos que fueran necesarios. Lo cual produciría este absurdo: que no podría verificarse ningún sorteo de Jurados desde que faltara siquiera uno, porque la ley no autoriza para revisarla durante el año.

"Fácilmente se comprende que ello no es así. La ley ha querido que la lista se forme con doscientos nombres, por varios motivos: primero, para que no se haga gravosa la función al ciudadano, ya que siendo ese el número es difícil que tenga que servir más de dos veces en un año cada persona; segundo, para evitar que se formen círculos demasiado estrechos, de personas escogidas con criterio de excesivo rigor o demasiada benignidad; tercero, para impedir que lo dilatado del número obligue a elegir personas incapaces, y por otros motivos semejantes. Pero de ahí no puede concluirse que uno o varios nombres de más en la formación de la lista, o uno o varios nombres de menos por muerte u otra causa, la haga viciosa e ilegal, en términos de paralizar la administración de justicia en los Juzgados Superiores, como si la lista faltara en absoluto".

En consecuencia, no está viciado de nulidad el acto del sorteo total de Jurados.

En cuanto al segundo motivo de nulidad, señalado en el ordinal que se estudia, hay que tener en cuenta que ella debe alegarse en el mismo acto del sorteo, pues de lo contrario queda subsanada.

La diligencia de sorteo parcial dice:

"En Bucaramanga, a veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, siendo las dos y media de la tarde, el señor Juez Segundo Superior de este Distrito Judicial, en asocio de su Secretario y con asistencia de los procesados Marcos Rincón Duarte y Ernestina Godoy y del señor Fiscal doctor Carlos García Herreros, se

constituyó en audiencia pública en el local destinado para estos actos, con el fin de verificar el sorteo parcial decretado en auto del veinte de los corrientes. Como llegada la hora fijada no comparecieran los defensores doctores Vicente González y Ricardo Arenas Calvete, el señor Juez dio principio a la diligencia de la manera siguiente: puesta de presente la lista de designados formada por el honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial para el período en curso y las doscientas once fichas correspondientes a los doscientos once ciudadanos que integran aquella lista, numeradas de una a doscientas once; como examinadas cuidadosamente no se hallaran balotas de más ni de menos, ni números repetidos, el Secretario las depositó en la urna respectiva, y revueltas que fueron por el señor Fiscal, el Juez extrajo a la suerte una ficha que resultó marcada con el número 47, que en la ilsta de designados corresponde al señor Durán Conradino. Como las partes presentes no formularan reclamo alguno, ni pidieran el reemplazo del sorteado, el señor Juez lo declaró legalmente miembro del Jurado en la presente causa, en atención a que no se halla comprendido en ninguno de los casos contemplados en los artículos 492 a 496 del Código de Procedimiento Penal.

"Para constancia se extiende y firman la presente acta".

La objeción de que el número de sorteados excedía al de doscientos, ya fue contestada.

Y el reparo consistente en que, según el autor de la demanda, existe una nulidad porque no se sacó la ficha correspondiente al señor Pablo A. Trillos, antes de sacar la de su reemplazo, es pueril e infundado. El artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, al hablar de la extracción de las fichas correspondientes a los Jurados que se trate de reemplazar, es obvio que se está refiriendo al número de las balotas que deban insacularse, es decir, que si se debe sustituir un Jurado, se sacará una sola ficha, pero si fueran dos, se insacularían dos, y así sucesivamente. Este precepto legislativo tiene sin duda su explicación en el cambio de sistema traído por el Código, pues en la anterior legislación siempre se insaculaban, en los sorteos parciales (lo mismo que en los totales), balotas en número superior al de los Jurados que iban a reemplazarse, porque el reo y el Ministerio Público hacían uso del derecho de caprichosa recusación, hoy suprimido.

Ninguna perturbación en la justicia se hubiera producido si al realizar el sorteo parcial hubiera salido en suerte la ficha correspondiente al señor Pablo A. Trillos, a quien se iba a reemplazar. Sencillamente se hubiera sacado otra. Pero esa hipótesis no tuvo vida, porque el sorteo dio por resultado que la ficha sorteada correspondiera al señor Conradino Durán. El acto se ajustó, pues, a la ley, sin que exista por lo tanto la nulidad invocada.

No prospera, de consiguiente, la causal cuarta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no invalida* la sentencia de fecha nueve de junio del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que condenó a Marcos Rincón Duarte a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias correspondientes por el delito de homicidio cometido en la persona de José Donato Garza.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Principio de favorabilidad de la ley penal. Expulsión de extranjeros perniciosos.

1.—El nuevo Código de Procedimiento Penal no estableció como causal para casar los fallos de los Tribunales la de haberse incurrido en error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

En fallo reciente ha dicho la Corte que en los juicios en que ha intervenido el Jurado no es pertinente la causal 2ª del nuevo Código de Procedimiento Penal.

2.—La Corte ha dicho en diferentes ocasiones que para respetar el principio constitucional y legal de la favorabilidad de la ley penal, el juzgador debe hacer un estudio comparativo entre la ley antigua y la nueva para deducir en su conjunto cuál de las dos le conviene más al procesado, pero que no le es lícito desintegrar preceptos aislados de un estatuto derogado para complementarlos con trozos de disposiciones aisladas del nuevo. Esa jurisprudencia tiene todavía mayor firmeza cuando se trata precisamente de la aplicación de las penas, pues es obvio suponer que los sistemas punitivos establecidos en las leyes obedecen a una orientación técnica y armónica, de tal modo que las sanciones accesorias deben jugar ineludiblemente con las principales. De ahí que resultaría incongruente aplicar las penas principales de una legislación y las accesorias de otra.

3.—Los preceptos que consignan la expulsión de los extranjeros perniciosos, en vía administrativa, señalan como motivo para tomar esa medida el de haber sufrido condena, porque el solo hecho de un fallo condenatorio está indicando que esos sujetos no son deseables para el país. Pero cuando esa sanción se ha impuesto, no administrativamente, sino mediante trámite judicial, el reo ha sido favorecido sin lugar a duda, porque ha tenido un amplio debate y ha disfrutado de dilatadas garantías ante los Jueces para hacer su defensa.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diciembre once de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

Vistos:

El 4 de marzo de 1939 el Juzgado 1º Superior de Barranquilla dictó auto de proceder contra Francisco Sabat, Mahomed Ali Eff Yusef o Mahomet Aliyusept y Arcelia López por el delito de robo.

En virtud de apelación interpuesta por los tres sindicados, y por su defensor, correspondió al Tribunal Superior de la citada ciudad conocer de aquel llamamiento a juicio, con el resultado de que esa decisión del Juzgado fue confirmada.

Verificadas las audiencias públicas, al Jurado le fueron propuestas las siguientes cuestiones:

"¿El acusado Mahomed Ali Eff Yusef, o Mahomed Aliyusef o Mahomet Aliyusept es responsable, si o nó, de haber tomado, con ánimo de apropiársela, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000) moneda corriente, sustraída con fuerza y violencia empleando llave falsa, de una caja de hierro o arca, en donde se hallaba guardada aquella suma; hecho ese perpetrado del diez (10) al doce (12) de julio de mil novecientos treinta y siete (1937), en el almacén de mercaderías de propiedad del señor Emilio Yidi, situado aquel almacén en esta ciudad en la carrera del Mercado, entre las calles del Banco y Avenida Boyacá; todo de conformidad con el auto de proceder?"

"¿El acusado Francisco Sabat es responsable, si o nó, de haber tomado, con ánimo de apropiársela, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000) moneda corriente, sustraída con fuerza y violencia empleando llave falsa, de una caja fuerte de hierro o arca, en donde se hallaba guardada aquella suma; hecho ése perpetrado del diez (10) al doce (12) de julio de mil novecientos treinta y siete (1937), en el almacén de mercaderías de propiedad del señor Emilio Yidi, situado aquel almacén en esta ciudad en la ca-

rrera del Mercado, entre las calles del Banco y Avenida Boyacá; todo de conformidad con el auto de proceder?"

"¿La acusada Arcelia López es responsable, si o nó, de haber ocultado la suma de diez mil pesos ($ 10.000) moneda corriente que fue sustraída con fuerza y violencia de una caja fuerte de hierro o arca, en donde se hallaba guardada aquella suma, hecho ese perpetrado del diez (10) al doce (12) de julio de mil novecientos treinta y siete (1937), en el almacén de mercaderías de propiedad del señor Emilio Yidi, situado aquel almacén en esta ciudad en la carrera del Mercado, entre las calles del Banco y Avenida Boyacá, a que se contraen las cuestiones primera y segunda; todo de conformidad con el auto de proceder?"

El veredicto fue el siguiente:

A la cuestión primera: "Sí es responsable, pero sin fuerza ni violencia".

A la cuestión segunda: "Si es responsable, como cómplice, pero sin fuerza ni violencia".

A la cuestión tercera: "No es responsable".

El Juez declaró notoriamente injusto el veredicto en relación con Arcelia López. Condenó por el delito de hurto a los otros dos procesados a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, entre ellas la de expulsión del territorio nacional.

El Tribunal confirmó en todas sus partes esa sentencia.

Interpuesto el recurso de casación, la Corte invalidó el fallo recurrido, revocando, y disponiendo que volviera el expediente al Juzgado de origen para que se diera cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 49 de la Ley 169 de 1896.

En cumplimiento de lo dispuesto por esta Sala, el Juzgado declaró terminada la causa en lo referente al robo y abrió causa criminal contra los mismos sindicados por el delito de hurto, providencia que fue confirmada por el Tribunal.

Al nuevo Jurado le fueron propuestas las siguientes cuestiones:

"¿El acusado Mahomed Ali Eff Yusef o Mahomet Aliyusept, es responsable de haber tomado fraudulentamente, con ánimo de apropiársela, sin fuerza ni violencia, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000) moneda corriente, de propiedad del señor Emilio Yidi; hecho ese perpetrado del diez al doce de julio de mil novecientos treinta y siete, en el almacén de mercaderías del mencionado señor Yidi, situado dicho almacén en esta ciudad, en la calle del Banco, todo de conformidad con el auto de proceder?"

"¿El acusado Francisco Sabat es responsable de haber tomado fraudulentamente, con ánimo de apropiársela, sin fuerza ni violencia, la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000) moneda corriente, de propiedad del señor Emilio Yidi; hecho ese perpetrado del diez al doce de julio de mil novecientos treinta y siete, en el almacén de mercaderías del mencionado señor Yidi, situado dicho almacén en esta ciudad, en la calle del Banco, todo de conformidad con el auto de proceder?"

"¿La acusada Arcelia López es responsable de haber ocultado la suma de diez mil pesos ($ 10.000) moneda corriente, o parte de esa suma, que fue sustraída sin fuerza ni violencia de una caja fuerte de hierro o arca, en donde se hallaba guardada aquella suma; hecho ese perpetrado del diez al doce de julio de mil novecientos treinta y siete, en el almacén de mercaderías de propiedad del señor Emilio Yidi, situado aquel almacén en esta ciudad en la calle del Banco, a que se contraen las cuestiones primera y segunda, todo de conformidad con el auto de proceder?"

Las repuestas fueron, respectivamente:

"Sí, por mayoría". "Sí, pero como cómplice y encubridor"; y "Nó".

El Juzgado del conocimiento profirió entonces la sentencia que contiene en la parte resolutiva, entre otras, estas decisiones:

"Primero. Declárase notoriamente injusto el veredicto del Jurado que hace relación a la señora Arcelia López;

"Segundo. Condénase a Mahomed Ali Eff Yusef o Mahomet Aliyusept, de treinta y cinco (35) años de edad, soltero, natural de Palestina, empleado que fue de comercio, y de religión mahometana, a la pena principal de nueve (9) meses de prisión, que sufrirá en el establecimiento que el Gobierno designe;

"Condénase además al propio Mahomed Ali Eff Yusef o Mahomet Aliyusept a las siguientes penas accesorias: expulsión del territorio nacional, por cuanto se trata de un extranjero no nacionalizado; publicación especial de esta sentencia; y a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan ocasionado con el delito;

"Tercero. Condénase a Francisco Sabat, natural de Palestina, de treinta y cinco (35) años de edad (confesados), soltero, mecánico y de religión católica, a la pena principal de cuatro (4) meses y quince (15) días de prisión, que sufrirá en el establecimiento que el Gobierno designe; y a las penas accesorias de expulsión del territorio nacional, por cuanto se trata de un extranjero no nacionalizado; publicación especial de esta sentencia, y a la indemnización de los perjuicios causados por el delito".

Al ser notificados de esa providencia, los procesados Aliyusept y Sabat, lo mismo que el defensor de aquél, apelaron pero en lo referente a la pena accesoria de la expulsión del país, detalle que tiene mucha importancia, porque indica que los reos estaban conformes con el resto de las disposiciones de la sentencia condenatoria, que fue confirmada por el Tribunal en fallo de cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron los reos recurso de casación, para el cual pidieron los apoderados, principal y sustituto, doctores Alberto y Carlos Malo Baños, que se sometiera a las normas establecidas por el nuevo Código de Procedimiento Penal. (Memoriales de los folios 14, 16 y 17 del cuaderno de la Corte).

Sin embargo, el autor de la demanda pretende apoyarla tanto en la Ley 118 de 1931, como en la 94 de 1938.

En el fondo, el apoderado de los condenados utiliza dos argumentos básicos contra el fallo recurrido: 1º, que no hay prueba acerca del cuerpo del delito de hurto; y 2º, que se incurrió en una aplicación indebida de la ley penal al imponerse a los reos como pena accesoria la de expulsión del territorio nacional.

Al estudiar el primer argumento dice, en lo pertinente, el señor Procurador:

"Las diligencias reunidas por el funcionario instructor confirman en todas sus partes las circunstancias expuestas por el señor Yidi en la denuncia transcrita. Según ellas, se acredita que antes de partir para Panamá, en busca de salud, dejó en un paquete cerrado la suma de diez mil pesos que lentamente había ido acumulando su hermana Regina, a lo largo de muchos años; que esa suma le había sido prestada por su dueña para las reparaciones y la obra de ensanchamiento del edificio en donde el señor Yidi tenía funcionando el almacén de mercancías de su propiedad; que tal suma desapareció de la caja fuerte, pero el hecho no se llevó inmediatamente a conocimiento de las autoridades, porque la señorita Regina temió perjudicar la salud de su hermano cuando recibiera informaciones sobre el asalto cometido contra el patrimonio difícilmente reunido en tánto tiempo; que, a su regreso de Panamá, fue informado el señor Yidi del robo pero no quiso denunciarlo, esperando reunir informaciones positivas que sirvieran a la justicia investigadora.

"Además de la denuncia jurada del señor Yidi, aparece el testimonio de su señorita hermana, quien refiere exactamente lo que se acaba de narrar, y las declaraciones de Otto Idrovo y Víctor Daccarett, quienes acreditan los hechos que el apoderado de los recurrentes pretende desconocer.

"Regina Yidi dice: 'Desde el año de 1920, que yo vine a Colombia, vengo trabajando con mi hermano sin aparecer como socia, ni como empleada del almacén. Debido a eso cada dos o tres meses, cuando mi hermano tenía facilidad, me destinaba dándomela y guardándomela aparte, en su caja, sumas de quinientos y seiscientos pesos con el fin de que yo tuviera una o varias fincas de mi propiedad. Así meses tras meses y años tras años fui acumulando la expresada cantidad. Teniendo mi hermano necesidad de un dinero para reparar o mejor dicho hacer un edificio para su almacén, me pidió que le facilitara el dinero, que él me lo iría pagando por partidas, pues él lo necesitaba y estaba improductivo. El, de acuerdo conmigo, dio órdenes para que el préstamo figurara en los libros de contabilidad por temor a que pudiera sucederle algo y para asegurarme a mí. Ese dinero fue sacado de la caja, revisado y contado, dejándolo unos días antes de irse Emilio en la caja en un paquete, y fue contado y revisado en presencia de los empleados, quedando en veinte paquetes de quinientos pesos cada uno, revisión que se hizo a virtud del préstamo y para su asiento en los libros. El sábado 10 de junio último, alrededor de las seis y media de la tarde guardé en la caja, ayudada por el señor Daccarett, las sumas provenientes de la venta del almacén y de los cobros efectuados ese día. Como de costumbre miré dentro de la caja y vi el paquete. Cerré yo misma la caja, y cerramos el almacén. El cierre del almacén se hacía en mi presencia.... El lunes abrimos el almacén sin notar nada anormal. Ese día lunes, como por lo regular sucede, estuvimos muy ocupados, pues es día de mucho movimiento. Ya por la tarde, al ir como de costubre a guardar el dinero de la venta diaria y a preparar la consignación de los días sábado y lunes, que debía hacerse el martes.... noté que me costó algún trabajo abrir la caja, dejando constancia que antes era suave el juego de la cerradura y desde entonces se atranca; al abrirla noté en seguida que faltaba el dinero de la venta diaria; impresionada corrí a llamar al almacén al empleado Víctor Daccarett, y él presenció también la falta del dinero y de todos los cheques que estaban allí.... Esa misma noche yo le dije a Daccarett, y al día siguiente a Otto, el contabilista, que no hablaran del robo de los diez mil pesos, para evitar que mi hermano enfermo en Panamá pudiera saberlo y hacerle daño, o venirse sin llenar el objetivo de su viaje'.

"Otto Idrovo, a folios 41, expone: 'En el mes de junio último el señor Emilio Yidi se vio obligado a irse a Panamá por motivos de salud;

y entre las instrucciones que me dejó fue una de ellas la de hacer constar en los libros que había recibido de la señorita Regina Yidi la suma de diez mil pesos moneda legal, dinero que entiendo la señorita le prestó para la reconstrucción del edificio, pues ese dinero se lo había entregado antes el señor Emilio Yidi como participación del negocio o ganancias, guardándole también Yidi ese dinero. Partidas que no estaban contabilizadas, porque ella no aparece como participante del negocio, sino que las retiraban parcialmente del producto de la venta diaria. Y por ese motivo el préstamo tampoco estuvo contabilizado, hasta que el señor Yidi, antes de irse para Panamá, dio la orden. Esa suma estaba guardada en un paquete, el que había sido revisado en mi presencia por el mismo señor Emilio Yidi, y por eso sé que contenía la suma de diez mil pesos en paquetes de quinientos pesos'.

"Agrega el declarante que el paquete de billetes lo vio dentro de la caja fuerte hasta unos cuatro días antes de la fecha en que tuvo noticia de su desaparición. Explica por qué no dieron parte a la Policía sobre la pérdida, y coincide en esa explicación con las que había dado ya la señorita Yidi. Habla de que la caja fuerte permanecía abierta, sin más seguridades que la cerradura interior, pues la de la clave no le fue suministrada a la señorita Yidi, por el temor que tuvo su hermano de que no supiera manejar la combinación y dejara encerrado el dinero. Al día siguiente de haberse informado del faltante de dineros provenientes de la venta en el almacén durante el sábado, se enteró también de que había desaparecido el paquete que contenía los veinte atados de billetes de quinientos pesos cada uno, y esto por la inspección que practicó a la caja fuerte en donde antes reposaba ese valor.

"El testigo Idrovo aclara las causas por las cuales llegó a su conocimiento la existencia de los valores hurtados. Él desempeña el cargo de contabilista del señor Emilio Yidi y presenció cuando éste contó el dinero, lo acomodó en un solo paquete, lo introdujo a la caja, y dio las instrucciones sobre el uso que debía hacerse de él.

"Víctor Daccarett ratifica los mismos puntos a que se refieren el denunciante, su hermana y el testigo Idrovo. Sobre la preexistencia del objeto materia del delito, dice: 'Los diez mil pesos destinados para la reparación del edificio que hoy se está reconstruyendo, se encontraban en un paquete cerrado en la caja de hierro, paquete que a raíz del viaje del señor Yidi, y por las instrucciones que le daba al contabilista, fue abierto y contado, conteniendo la suma de diez mil pesos en paquetes de quinientos pesos y en número de veinte. El sábado anterior al robo, en el curso del día, tuve necesidad de menudo para las ventas del almacén, y vi entonces al abrir la caja con la llave que me facilitó la señorita Yidi, que el paquete se encontraba en su sitio'.... Sobre la falta, dijo más adelante: 'El lunes, como de costumbre, fue de mucho trabajo, y ya por la tarde la señorita Regina fue a guardar la venta del lunes y a juntarla con el dinero del sábado para consignarlo el martes, y regresó muy asustada, manifestándome que habían robado el dinero de la venta; yo inmediatamente le dije que si había observado si el paquete con los diez mil pesos estaba en su sitio, y junto con ella fuimos a ver, viendo que también faltaba'. Folio 45.

"Por los datos que exponen Idrovo, Dacarett y la señorita Yidi, pueden sacarse las siguientes conclusiones:

"1ª El dinero permanecía en la caja de caudales en el mismo estado en que lo dejara el señor Yidi antes de su viaje para Panamá. Los testigos se enteraron de esto, porque varias veces, desde que lo vieron contar y guardar, visitaron la caja con el objeto de depositar o sacar papeles de los que se conservaban allí, especialmente por los asientos en los libros de contabilidad.

"2ª El lunes diez de julio, como a las seis y media de la tarde, notaron la falta de los diez mil pesos, lo que hace pensar que su sustracción pudo cometerse en la noche del sábado o durante el domingo, o en el transcurso de la noche de este día.

"Por lo visto, no están justificados los temores del mandatario de los condenados, pues los testigos, de una manera uniforme y concreta, relatan cómo supieron la existencia del dinero hasta el sábado ocho de julio y acreditan, igualmente, su falta el lunes subsiguiente.

"Pero si no fueran suficientes las pruebas anteriores, relativas a la comprobación de la preexistencia y falta de los dineros sustraídos, aparece en el expediente una diligencia de inspección ocular practicada por el Juez 1º del Circuito Penal de Barranquilla, en asocio de peritos, sobre los libros Diario y Mayor de la casa de comercio perteneciente al señor Emilio Yidi. En esa diligencia se lee:

"En el libro Diario a folios 174 había una partida sentada que dice así: *'Fondos especiales.* Valor que he recibido de Regina Yidi en varias partidas y en calidad de préstamo sin intereses, que lo destino a la reconstrucción del edificio de mi propiedad, situado en la calle del Banco, entre Mercado y Policarpa. (En la columnia del Debe), diez mil pesos. *A Regina Yidi.* Valor de sus entregas hasta la fecha (en la columna del Haber), $ 10.000'. Este asien-

to se halla con fecha del 26/30 de junio de 1937. En el libro Mayor, al folio 92, hay una cuenta denominada *Fondos especiales,* que tiene cargada con fecha treinta de junio de mil novecientos treinta y siete, la suma de diez mil pesos. En el folio 93, en el mismo libro Mayor, aparece una cuenta denominada *Regina Yidi,* que tiene abonada la suma de diez mil pesos". (Folio 53).

No se acepta la sugerencia del apoderado de los recurrentes, quien para poner en duda la preexistencia de las sumas hurtadas, parece decir que los asientos en los libros del comerciante Yidi fueron escritos en fecha distinta de la indicada en ellos, una vez que había sido recuperada parte de esas sumas en el domicilio de Sabat. Y no se acepta, porque desde la fecha de los asientos hasta el 28 de octubre de 1937, debieron hacerse muchas otras inscripciones de partidas, pues éste es el objeto que el Código Mercantil le da de manera especial al libro Diario. Los peritos que concurrieron a la diligencia reconocen que los libros estaban correctamente llevados y debidamente registrados en la Cámara de Comercio, estampillados en sus folios y certificados por la Administración de Hacienda Nacional. Si los asientos hubieran sido hechos en fecha posterior a la que rezan, el comerciante habría tenido que borrar o tachar otras partidas, hecho que en ninguna manera aparece demostrado. Ni vale decir que pudieron cambiarse las hojas para reponerlas por otras en donde constara el reconocimiento de la deuda de diez mil pesos de cargo del comerciante, porque de acuerdo con las disposiciones sobre Cámaras de Comercio cada folio debe estar rubricado por el Secretario de dicha Cámara. Así lo prescriben los artículos 27 del Código de Comercio y 7º del Decreto legislativo número 2 de 1906, en correspondencia con el 48 de la Ley 28 de 1931.

"Además, el número 50 del artículo 1º del Decreto 92 de 1932 dice que cada hoja en blanco de los libros Diario y Mayor de los comerciantes, cualquiera que sea su ramo, deben llevar una estampilla de timbre por valor de diez centavos, lo que aparece cumplido según lo indica el acta en referencia.

"Para el caso presente, el valor de las estampillas sirve para demostrar el número de folios con que se abrió cada libro.

"Se pretende también poner en tela de juicio la existencia previa del dinero, alegando que se ignora a quién pertenecía en definitiva: si al comerciante Yidi o a su socia informal, la señorita Regina. Sobre el particular no hay que hacer esfuerzos supremos para concluir afirmando que no hay ninguna duda. El dinero era de propiedad de la señorita Yidi, quien se lo había suministrado en calidad de préstamo, sin interés, a su hermano el comerciante. Así lo atestiguan las personas a quienes se ha hecho referencia.

"Las normas de carácter procesal han sido bastante amplias para que el interesado en la investigación de un delito contra la propiedad pueda acreditar la preexistencia de la cosa hurtada o robada. Y esta amplitud que consagraba el viejo Código Judicial y que ha repetido la nueva Ley sobre enjuiciamiento criminal, es sobremanera necesaria, además de ser conveniente, pues no siempre hay abundante pluralidad de personas enteradas de los valores y objetos poseídos por determinado individuo. Al contrario, a veces sucede que sólo los familiares del perjudicado con el delito están en capacidad de deponer sobre la preexistencia y falta consiguiente de los elementos extraviados. Si la ley no admitiera una prueba de esa especie, muchos patrimonios se habrían disminuído o perdido por completo, sin que la justicia pudiera lograr algo en favor de su dueño ni en contra de los delincuentes por la imposibilidad del querellante para comprobar su derecho y las proporciones del daño sufrido.

"El artículo 1529 del viejo Código Judicial decía:

'Para acreditar en los delitos de robo y hurto la preexistencia de la cosa hurtada o robada, se admitirá la deposición del interesado y las de su consorte, hijos y domésticos, los cuales harán fe sobre esto en defecto de otros testigos extraños'.

"Y el artículo 313 de la Ley 94 de 1938 reproduce lo esencial de la disposición anterior, si bien deja a los Jueces la facultad de apreciar las declaraciones del interesado, de su consorte, de los hijos y domésticos, aplicando las normas críticas del testimonio que exige para este medio probatorio el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

"No se ve razón para que las declaraciones del comerciante Yidi, de su hermana y de los testigos Daccarett e Idrovo sean desechadas judicialmente. La presentación tardía del denuncio, a que alude con desmesurado alarmismo el vocero de los recurrentes, está justificada por las explicaciones que se ofrecieron al juzgador. La señorita Yidi, movida por los sentimientos de afecto fraternal y de delicadeza hacia el hermano enfermo, resolvió esperar su regreso para comunicarle la desgraciada noticia, absteniéndose de hacerlo antes por no agravar las ya precarias condiciones de salud del señor Yidi. Y éste, muy precavido y discreto, resolvió esperar un poco la oportunidad de recobrar su dinero antes que perderlo con precipitados es-

cándalos contra los posibles autores de la infracción.

"El hecho fundamental es que inmediatamente después de confirmadas sus sospechas dio aviso a la Policía y a renglón seguido se practicó un allanamiento en la vivienda de Francisco Sabat, donde encontraron buena parte de la suma extraviada, en moneda colombiana, y otra parte convertida a divisas extranjeras. Y todavía más notorio es el que Sabat hubiera señalado a Mahomed Alí Eff Yuseff, dependiente del almacén robado, como al sujeto que le entregara la suma que la autoridad encontró, diciéndole que era la robada al comerciante Yidi.

"Más todavía: el tiempo transcurrido entre la ejecución del delito y el allanamiento a la casa de uno de los responsables debió de servir para tranquilizar a éstos, ayudando al desarrollo completo de sus planes. Sabat ya se estaba haciendo aparecer ante los comerciantes sirios y palestinos como un afortunado ganador de billetes premiados de lotería, pretendiendo el que sus amigos explicaran así la procedencia de los dineros con que iba a impulsar sus ya iniciados negocios de comercio.

"A tánto llegaría su tranquilidad, que ni siquiera cambiaron el papel en que estaba envuelto el dinero, ni los cordeles que sujetaban el paquete. Tales papel y cordeles fueron reconocidos por los Yidi, Daccarett e Idrovo, como idénticos por su calidad a los usados para sujetar el paquete contentivo de los diez mil pesos. Los mismos reconocieron la forma de amarre, es decir, una doble vuelta que tenían los fajos de billetes.

"La circunstancia de que los cordeles y el papel encontrados en poder de Francisco Sabat no fueran reconocidos por los testigos como los mismos, exactamente, que sujetaban el paquete de billetes guardados en la caja, es un capítulo especial que el demandante en casación pretende levantar para destruir toda identidad sobre dichos elementos. Muy al contrario, para la Procuraduría el hecho de que tanto la dueña del dinero como su tenedor y los testigos no hayan afirmado con rigurosa precisión que los cordeles y el papel eran *los mismos*, sino que denotaban apenas una igual calidad, refuerza la certeza que se desprende de sus testimonios y los hacen dignos de mayor confianza. Sería prácticamente imposible reconocer que el envoltorio de los billetes decomisados a Sabat, era el mismo que tenían antes de perderse. Con gran honradez aclaran que el papel y los cordeles recuperados eran de la misma calidad de los perdidos, y el señor Yidi dijo que en su poder tenía más existencia de ese papel.

"Las pruebas analizadas en las instancias y referentes a la responsabilidad de los condenados, contribuyen a establecer de manera indubitable la existencia del cuerpo del delito. Entre esas pruebas se destaca la declaración de Miguel Mussalam, quien manifiesta haber sorprendido una conversación de Sabat con Alí Eff Yuseff, sobre el reparto del dinero sustraído al señor Yidi; la acusación de Francisco Sabat, quien afirma que Alí Eff Yuseff le entregó el dinero llegado a sus manos delictuosamente; las declaraciones de Juan Vallanta y Moisés Gómez Molino, que arrojan cargos sobre Francisco Sabat. Es verdad que éste niega haber declarado en sentido incriminatorio contra Eff Yuseff, y niega también haberle sostenido el cargo de una diligencia de careo practicada con éste, pero tales negativas nada aclaran, porque no desbaratan la validez de las diligencias sino que, por el contrario, lo comprometen hondamente al hacer más inexplicable su actitud.

"Por lo expuesto, se ve que el comerciante Yidi andaba muy veraz cuando presentó su denuncia, y que se encuentran reunidos superabundantemente los elementos demostrativos de la existencia del cuerpo del delito de hurto enunciados por el artículo 792 del Código Penal de 1890, vigente al realizarse la infracción, y exigidos también por el artículo 397 del actual Código Penal".

Como se ha visto, este proceso tuvo su iniciación en el mes de agosto de 1937, es decir, cuando aún no estaba en vigencia la reforma penal, y de esta suerte el recurso de casación se comenzó a tramitar en armonía con las leyes anteriores a la 94 de 1938, en las cuales existía como causal para casar los fallos de los Tribunales la de haberse incurrido en error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

El nuevo Código de Procedimiento Penal no estableció idéntica causal en lo relativo al cuerpo del delito, pero si la hubiese estatuido, en el caso presente no estaría demostrada, como se desprende del estudio hecho por el señor Procurador y al cual la Corte no tendría nada que añadir.

En fallo reciente de esta Sala se dijo por mayoría, con salvamento de voto del doctor José Antonio Montalvo, que en los juicios en que ha intervenido el Jurado no es pertinente la causal 2ª del nuevo Código de Procedimiento Penal. Si se aplicara, pues, rígidamente esa doctrina, sobraría toda consideración acerca del valor probatorio que el Tribunal atribuyó a los elementos traídos al proceso para establecer la propiedad y preexistencia de los dineros hurtados y los demás factores constitutivos del hurto, y sobrarían esas consideraciones, dada la circunstancia que antes se anotó de que los abogados recurrentes pidieron que se aplicara

la Ley 94 del 38. Pero teniendo en cuenta la época en que se inició este proceso, la Sala ha creído oportuno transcribir en lo conducente la vista del señor Agente del Ministerio Público para despejar toda incertidumbre en relación con el hecho incriminado.

* * *

En cuanto a la errada aplicación de la ley penal por haberse decretado en contra de los palestinos, y como pena accesoria, la expulsión del territorio nacional, basta observar simplemente que entre los dos Códigos Penales, el antiguo y el nuevo, sin lugar a duda es más favorable el último, que fue precisamente el que les aplicó el Tribunal.

Ahora bien: el artículo 58 de esa obra dispone que por regla general, y salvo las excepciones consignadas en la parte especial, las penas de presidio y prisión llevan consigo, tratándose de extranjeros, la expulsión del territorio nacional.

La Corte ha dicho en diferentes ocasiones que para respetar el principio constitucional y legal de la favorabilidad de la ley penal, el juzgador debe hacer un estudio comparativo entre la ley antigua y la nueva, para deducir en su conjunto cuál de las dos le conviene más al procesado, pero que no le es lícito desintegrar preceptos aislados de un estatuto derogado para complementarlos con trozos de disposiciones aisladas del nuevo.

Esa jurisprudencia tiene todavía mayor firmeza cuando se trata precisamente de la aplicación de las penas, pues es obvio suponer que los sistemas punitivos establecidos en las leyes obedecen a una orientación técnica y armónica, de tal modo que las sanciones accesorias deben jugar ineludiblemente con las principales. De ahí que resultaría incongruente aplicar las penas principales de una legislación y las accesorias de otra.

Los preceptos que consignan la expulsión de los extranjeros perniciosos, en vía administrativa, señalan como motivo para tomar esa medida el de haber sufrido condena, porque el solo hecho de un fallo condenatorio está indicando que esos sujetos no son deseables para el país.

Pero cuando no es administrativamente sino en trámite judicial que se impone esa sanción, el reo sin lugar a duda ha sido favorecido porque ha tenido un amplio debate y ha disfrutado de dilatadas garantías ante los Jueces para hacer su defensa. Con esto se quiere significar que por tal aspecto también se tuvo en cuenta la favorabilidad de la ley penal.

No estuvo, por lo tanto, aplicada erradamente la ley por el Tribunal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no invalida* la sentencia de fecha cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que condenó a Mahomed Alí Eff Yuseff o Mahomet Aliyusept y a Francisco Sabat a las penas principales de nueve, y cuatro meses, quince días de prisión, respectivamente, como responsables del delito de hurto en bienes del señor Emilio Yidi.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Intervención de funcionarios judiciales en política.

Al establecer el legislador la sabia disposición del artículo 180 del Código Penal, quiso sustraer a las personas que están prestando un servicio a la Administración Pública de los ajetreos de las luchas partidistas, que suelen perturbar con tánta facilidad el criterio del hombre y que lo conducen con frecuencia a la injusticia, hija de la parcialidad. Si esa consideración tiene validez tratándose de empleados en general, con mayor razón cuando se trata de Jueces o Magistrados, que no solamente deben reunir condiciones invulnerables de rectitud y serenidad, sino que también deben inspirar a los asociados la confianza de que no se desviarán jamás de los carriles de la ley y de la moral. Y es lógico que el funcionario judicial que no es capaz de desprenderse de su beligerancia política y que hace manifestaciones que lo muestran como militante en un partido determinado, tiene necesariamente que inspirar recelo a sus conciudadanos, quienes pueden pensar que cada vez que tenga que conocer de procesos que estén tiznados por intereses partidistas, aquel Juez o Magistrado no ofrece plena garantía de imparcialidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diciembre once de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez).

Vistos:

Resultando:

I.—El dos de enero de mil novecientos cuarenta y dos, el señor Antonio Torres Quijano contrató con el propietario de la Tipografía Boyacense de Tunja, señor Elpidio Suárez, la impresión tipográfica de veinticuatro carteles, con la leyenda de dos comunicaciones, dirigida la primera de Sotaquirá por el doctor Eduardo Castro Martínez a varios amigos el 30 de diciembre de 1941, y la segunda, fechada el mismo día, que contenía la respuesta al anterior despacho.

En efecto, el señor Elpidio Suárez declara:

"El dos de enero del presente año se presentó a mi Tipografía el señor Antonio Torres Quijano, con el fin de ordenar la impresión de veinticuatro ejemplares en carteles murales del original que entrego en esta Inspección. No acompaño el ejemplar de los carteles que solicitan por haber sido fijados en las esquinas de la ciudad todos los veinticuatro ejemplares como ordenó el señor Torres Quijano. Hasta la fecha no he recibido manifestación de protesta por parte de los signatarios de los mencionados telegramas. Dejo constancia que dicho documento lo entrego con carácter devolutivo, por la razón de que la ley de prensa dispone que todo original que se da a la publicidad se encuentre en el archivo de la imprenta".

El texto de las comunicaciones entrégadas a la autoridad por el tipógrafo es el siguiente:

"Sotaquirá, diciembre 31 de 1941.

"Juan de J. Aponte, Pablo Peñuela Ch., Joaquín Cárdenas Acosta, Carlos A. Otálora, José María Montaña, Pablo E. Cárdenas Acosta, Dionisio Medina, Florentino Villate, Carlos C. Vásquez, Wenceslao Suárez, Julio Machado, amigos—Tunja.

"Sorprendido acabo informarme inaudita traición hecha desde Concejo a liberalismo tunjano. Por conducto ustedes quiero consignar mi enérgica, airada protesta. Confío en que nuevo año encuentre liberalismo ésa formando, sin distingos frente único, fin reivindicar bandera rindieron impúdicamente en contubernio con enemigos régimen, democracia, traidores que ignoran cuántos años gloriosas luchas representan posiciones cedidas.

"Adicto amigo,

"Eduardo Castro Martínez"

—

"Tunja, diciembre 31 de 1941.

"Eduardo Castro Martínez—Sotaquirá.

"Podemos asegurarle que nuevo año, como todos aquellos hayan de sucederse, hallarán liberalismo esta ilustre ciudad, pujante, compacto, agrupado al pie del glorioso gonfalón que hicieran flamear adalides invictos Herrera, Uribe Uribe; empuñaran prepotentes Olaya Herrera y López, y aún haga tremolar altanero y desafiante Eduardo Santos. Qué importa que traidores sigan tortuosas rutas indíqueles su ins-

tinto, si mañana asaltados remordimientos tendrán que colgarse como su maestro de todos los tiempos: Judas.

"Joaquín Cárdenas Acosta, Carlos A. Otálora, José María Montaña, Pablo E. Cárdenas Acosta, Dionisio Medina L., Pablo Peñuela Chaves, Juan de J. Aponte, F. Villate C., Antonio J. Quintero, Wenceslao Suárez, Alfonso Ardila Montaña, Manuel J. Rodríguez R., Julio Machado G., Luis Machado G., Carlos C. Vásquez, Pablo Emilio Pérez, Luis A. Galán, Manuel A. Cajigas, José J. González".

El señor Antonio Torres Quijano rinde testimonio así:

"El día dos de enero de mil novecientos cuarenta y dos, en la Plaza de Bolívar de esta ciudad, varios amigos míos, entre los que recuerdo a Pablo Peñuela Chaves, José A. García, Florentino Villate, Juan de J. Aponte, Lupercio Andrade y otros, me mostraron la copia de dos comunicaciones, una recibida en esta ciudad, procedente de Sotaquirá, y otra en que varias personas de Tunja contestaban la anterior comunicación al doctor Eduardo Castro Martínez, o sean las mismas que están insertas en el despacho comisorio y que acabo de ver. Como a mí me pareció muy importante la publicación en carteles murales de tales piezas, porque evidentemente el Concejo de Tunja había asumido actitudes que a mí me parecían y me parecen lesivas para los intereses administrativos de la ciudad, insinué a los amigos que he citado que hiciéramos publicar tales despachos; así se resolvió, y fuimos a la Tipografía Boyacense, de propiedad del señor Elpidio Suárez, y ordenamos la publicación en referencia. Como el señor Suárez exigiera una firma responsable, yo le puse la mía en la orden de la publicación. De modo que es cierto que yo ordenara tal publicación y pusiera mi firma, pero esto sin conocimiento del doctor Eduardo Castro Martínez".

II.—Los despachos impresos en la Tipografía Boyacense fueron fijados en carteles murales en la ciudad de Tunja, según lo dice el Alcalde en el certificado del folio 26 vuelto.

Indagatoriado el doctor Eduardo Castro Martínez, dijo:

"Afirmo categóricamente no haber puesto comunicación telegráfica en este ni en ningún otro sentido a los señores a quienes se refiere la pregunta. No recuerdo si fue precisamente en la fecha aludida cuando en forma absolutamente privada, pero no telegráfica —repito— me dirigí a algunos de ellos, desde la población de Sotaquirá, donde pasaba mis vacaciones judiciales, y donde permanecí todo el tiempo de ellas, pero en ningún caso a todos los nombrados, manifestándoles algunos puntos de vista personales en relación con la forma como el Concejo Municipal estaba desfigurando la labor administrativa que yo había desarrollado desde esa corporación en favor de la ciudad de Tunja. Especialmente me referí al aspecto relativo al crédito municipal, toda vez que las entidades bancarias seguramente irían a restringir ese crédito, pues los motivos que ellas tuvieron para abrirlo en años anteriores radicaron precisamente en la calidad del personal directivo del Municipio. Si mal no recuerdo, me referí en algunas de esas comunicaciones particulares, porque fueron varias, al caso de la Tesorería Municipal, que hasta entonces estuvo servida eficazmente por el señor Jacinto Vega Matéus, actual Subgerente del Banco de Bogotá en esta ciudad, y a quien se sustituyó por un obrero de profesión zapatero. Manifesté, pues, mis temores de que el Banco de Bogotá restringiera ese crédito por virtud de cambios de esa naturaleza en tan delicados puestos. Por lo demás, fuera de este aspecto administrativo, no me interesaba otra cosa, por lo cual mis puntos de vista no hacían referencia a la política. Ni podrían hacer, toda vez que en el caso que relato tanto el Tesorero entrante como el saliente eran de la misma filiación". Leída, la aprobó.

Preguntado: ¿Es cierto que en el mismo telegrama agrega: "Confío en que nuevo año encuentre liberalismo ésa formando, sin distingos, frente único, fin reivindicar bandera rindieron impúdicamente en contubernio con enemigos régimen, democracia, traidores que ignoran cuántos años gloriosos luchas representan posiciones cedidas?" *Contestó:* "Vuelvo a repetir que a ninguno de los señores nombrados he remitido comunicación telegráfica alguna desde que tengo relaciones con ellos. Por eso desde ahora solicito que se ordene la búsqueda en los archivos del Ministerio, a efecto de que se verifique mi afirmación. Y vuelvo a repetir también que ninguna de mis comunicaciones, absolutamente privadas, fue dirigida conjuntamente a los aludidos caballeros. Más aún: jamás me he cruzado comunicación telegráfica o postal con el doctor Carlos A. Otálora o con el señor José María Montaña, y muy probablemente, que yo recuerde, tampoco con el señor Pablo E. Cárdenas Acosta. De ahí que me sienta autorizado para suponer que el texto que se me lee se haya entresacado de alguna de mis comunicaciones privadas a mis amigos, desfigurando luégo mis palabras y, por consiguiente, mi pensamiento. En esa forma me resulta imposible recordar si yo escribí tales conceptos. Pero si se me presentan las comunicaciones de donde se hayan tomado, que como digo tienen diversas fechas, quizá pudiera decir si aquél fue mi modo de pensar". Leída, la aprobó.

Preguntado: ¿A qué traición y a qué posiciones se refiere en el mencionado telegrama? *Contestó:* "Vuelvo a repetir que les expresé a algunos amigos míos mi inconformidad con la forma como se inició por parte del actual Concejo la gestión administrativa del Municipio. De tal manera me asistió la razón al expresar tal inconformidad, que pocos meses después la misma corporación tuvo que rectificar ese proceder destituyendo la mayor parte de los altos empleados, a fin de allanar las graves consecuencias fiscales que se le estaban presentando. Pero en ningún caso quise referirme a esta o aquella situación política, puesto que los Concejos son coporaciones puramente administrativas, a las que les está absolutamente prohibido inmiscuirse en asuntos de carácter político. Mucho menos podrían los particulares pretender enderezar a esas entidades en este o en aquel sentido político. Si, pues, expresé inconformidad, ella se refirió en todo caso a las gestiones que le son propias a esa clase de entidades. Sobre los términos mismos de la comunicación que se me acaba de leer, no puedo afirmar sobre su autenticidad o no autenticidad puesto que, como digo, no he dirigido nunca despacho telegráfico a ninguno de los caballeros a que se refiere la tal comunicación. Quizá a la vista de mi correspondencia privada pudiera afirmar si son o nó auténticos".

El Jefe telegráfico de Sotaquirá afirma que el telegrama atribuído al doctor Castro no fue llevado a su oficina. (Folio 8 vuelto).

El Jefe de Archivo del Ministerio de Correos y Telégrafos sostiene igualmente que los despachos en cuestión no fueron enviados telegráficamente. (Folio 30).

IV.—El señor Florentino Villate declara:

"Sí fue cierto que recibimos ese telefonema". Leída, la aprobó. *Preguntado:* ¿Dígame usted si fue también verdad que ustedes le contestaron el telegrama al doctor Eduardo Castro Martínez en los términos en que aparece insertado en el presente despacho comisorio? (Se le leyó al declarante el texto del telegrama inserto). *Contestó:* "También es cierto que nosotros le contestamos el telegrama al doctor Castro Martínez a Sotaquirá en los términos en que aparece insertado en el despacho comisorio y conforme lo acabo de oír". Leída, la aprobó. *Preguntado:* ¿Dígame usted si le dieron algún destino al telegrama recibido del doctor Castro Martínez, si lo hicieron publicar en carteles murales en la ciudad de Tunja? *Contestó:* "Sí lo hicimos publicar y apareció publicado en las esquinas, pues también publicamos el que nosotros le dirigimos; pero advierto que la publicación la hicimos sin autorización alguna del doctor Castro Martínez, pues se hizo en forma inconsulta".

En el mismo sentido declaran los señores Wenceslao Suárez, Julio Machado G., Pablo Peñuela Ch. y Juan de Jesús Aponte.

La deposición del doctor Joaquín Cárdenas Acosta, en lo pertinente, es del siguiente tenor:

"Al tener conocimiento el doctor Castro de lo que había ocurrido se dirigió a un grupo de ciudadanos residentes en ésta, protestando por lo ocurrido. La comunicación del doctor Castro no era telegráfica, y obedecía a razones de puro patriotismo, ya que él ha venido preocupándose en forma apasionada por los intereses de esta ciudad, y fue en el pasado Concejo factor decisivo de muchas obras de progreso realizadas, y que vive preocupado por la suerte problemática y azarosa del Fisco en manos de gente ignorante y manirrota. En contestación a la comunicación del doctor Castro, y me parece que en la misma forma, firmé un despacho, el cual se halla concebido en términos semejantes a los expresados en su oficio. No sé quién o quiénes hayan publicado en carteles las comunicaciones cruzadas entre el doctor Castro y algunos ciudadanos residentes en esta ciudad".

El doctor Pablo Enrique Cárdenas Acosta expuso:

"Es cierto que yo firmé una vez un telegrama político para el doctor Eduardo Castro Martínez, pero al respecto no recuerdo con precisión la fecha ni la redacción de ese telegrama. El doctor Eduardo Castro Martínez dirigió de Sotaquirá un telegrama en contestación al que le pusimos nosotros, y que era referente a los hechos cometidos por el Concejo Municipal de Tunja sobre las posiciones que le dieron al conservatismo, sin que a ellos les correspondieran. Me parece auténtica la copia del telegrama del doctor Castro Martínez a la que se me acaba de leer. En cuanto a la publicación de esos telegramas en carteles murales, yo los vi publicados, pero ignoro en absoluto si esto lo hicieron con consentimiento del citado doctor Castro Martínez".

V.—Los señores Carlos A. Otálora y José María Montaña manifiestan, en síntesis, que no tienen idea de haber recibido el telegrama atribuído al doctor Castro, ni recuerdan que hubieran autorizado con su firma la contestación. (Folios 39, 39 vuelto y 40).

El señor Dionisio Medina declara en sentido semejante, pues dice no recordar con precisión si recibió el telegrama y si firmó la contestación, pero que con los originales a la vista podría dar una respuesta categórica.

VI.—El doctor Castro Martínez dirigió a sus amigos el siguiente despacho:

"Secretaría de Teléfonos—Tunja, febrero cinco (5) de mil novecientos cuarenta y cuatro.

"En cumplimiento del auto que antecede, el suscrito Secretario expide la siguiente copia:

'Telefonema: Sotaquirá, diciembre 30 de 1941.

'Joaquín Cárdenas Acosta, Jacinto Vega, Enrique Córdoba, Dionisio Medina, Juan Aponte, Pablo Peñuela Chaves, Gabriel Vásquez, Torres Quijano, amigos—Tunja.

'Sorprendido acabo informarme inaudita traición hecha desde Concejo a liberalismo tunjano. Por conducto ustedes quiero consignar mi enérgica, airada protesta. Confío en que nuevo año encuentre liberalismo ésa formando, sin distingos, frente único, fin reivindicar bandera rindieron impúdicamente, en contubernio con enemigo régimen, democracia, traidores que ignoran cuántos años gloriosas luchas representan posiciones cedidas.

'Adicto amigo, Eduardo Castro Martínez.

'(Fdo.) *Eduardo Castro Martínez'.*

"Es fiel y auténtica copia de su original, al cual me remito en caso necesario.

"(Fdo.) *Rafael La Rotta T.,* Secretario".

CONSIDERANDO:

a) La Corte es competente para conocer de este asunto (ordinal 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal), por tratarse de uno de los delitos llamados de responsabilidad imputado al doctor Eduardo Castro Martínez, cuya calidad de Magistrado del Tribunal Superior de Tunja está acreditada. (Folios 6 vuelto y 9 vuelto).

b) El artículo 180 del Código Penal estatuye:

"En la misma sanción establecida en el primer inciso del artículo anterior incurrirá el funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter".

No hay duda de que el legislador al establecer la sabia prohibición para los funcionarios y empleados públicos de formar parte de directorios políticos o de intervenir en debates de ese carácter, quiso sustraer a las personas que están prestando un servicio a la Administración Púbilca de los ajetreos de las luchas partidistas, que suelen perturbar con tánta facilidad el criterio del hombre y que lo conducen con frecuencia a la injusticia, hija de la parcialidad.

Si esa consideración tiene validez tratándose de empleados públicos en general, qué no podrá decirse cuando se trata de Jueces o Magistrados, que no solamente deben reunir condiciones invulnerables de rectitud y de serenidad, sino que también deben inspirar a los asociados la confianza de que no se desviarán jamás de los carriles de la ley y de la moral. Y es lógico que el funcionario judicial que no es capaz de desprenderse de su beligerancia política y que hace manifestaciones que lo muestran como militante en un partido determinado, tiene necesariamente que inspirar recelo a sus conciudadanos, quienes pueden pensar que cada vez que tenga que conocer de procesos que estén tiznados por intereses partidistas, aquel Juez o Magistrado no ofrece plena garantía de imparcialidad.

En el aparte IV de esta providencia se dejó constancia de los testimonios juramentados de los señores Wenceslao Suárez, Florentino Villate, Julio Machado G., Pablo Peñuela Ch., Juan de J. Aponte, Joaquín Cárdenas Acosta y Pablo Enrique Cárdenas Acosta, que no aparecen citados en la vista del señor Procurador y de los cuales resulta que sí recibieron la comunicación dirigida por el doctor Castro Martínez desde Sotaquirá.

Evidentemente el doctor Eduardo Castro Martínez no puso por telégrafo el despacho de que se habla, y así resulta no sólo del informe del Jefe de Archivo del Ministerio de Correos y Telégrafos, sino también de la certificación del Telegrafista de Sotaquirá, documentos que constan en el aparte III; pero al folio 61 vuelto se encuentra la constancia que constituye prueba de que el despacho atribuído al doctor Castro Martínez fue transmitido no por la vía telegráfica sino por la telefónica intermunicipal, que es precisamente la más usada en el Departamento de Boyacá, comunicación que fue transcrita en el aparte VI.

d) Los términos del telefonema, no telegrama, tienen un indiscutible cariz partidista, pero como ese despacho telefónico no fue transmitido en virtud de un debate, esto es, en un torneo de aspiraciones electorales o de imposición de tesis de una colectividad banderiza, no puede afirmarse que la expresión bastante agria de los sentimientos del signatario de ese despacho encajen dentro de la prohibición establecida por el Código en la parte final del artículo 180.

Se deduce de varios de los testimonios transcritos atrás que el telefonema no fue introducido por el doctor Castro Martínez con el propósito de que fuera publicado y así producir un determinado efecto en el público. Esa publicación se realizó por voluntad de otras personas que quisieron en esa forma sacar del ámbito de los privados sentimientos del mismo doctor Castro Martínez esos conceptos para llevarlos a la calle, en són de protesta por algunas actividades del Concejo.

El doctor Castro Martínez, según aparece, era Concejal de Tunja en la época en que dio la comunicación tántas veces nombrada, y esta anómala facultad concedida por el legislador a los funcionarios del Organo Judicial de poder ser miembros de los Cabildos, coloca al Magistrado acusado en situación de poder comunicarse con sus amigos acerca de los temas tratados en el Concejo.

La ley desde luégo debería establecer la prohibición de esa dualidad entre la judicatura y la representación popular en los Concejos Municipales, corporaciones éstas que indefectiblemente, al lado de los problemas administrativos tienen que rozarse con temas de índole política.

Por estas consideraciones, el acto ejecutado por el doctor Castro Martínez no puede considerarse como delictuoso, y por lo tanto la Sala considera que es el caso de dictar un sobreseimiento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *sobresee definitivamente* en favor del doctor Eduardo Castro Martínez, por la imputación a que se refiere éste expediente, de intervención en política, en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Tunja.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Veredicto.—Escrutinios de los votos del Tribunal de conciencia

1.—La reforma procedimental de 1938 suprimió el tema de la injusticia del veredicto como materia de casación.

2.—Ya tiene sentada la Corte jurisprudencia sobre la manera como debe interpretarse el veredicto y sobre lo equivocada que resulta la tesis de pretender contabilizar, por separado, las respuestas individuales de cada uno de los cinco miembros del Tribunal de conciencia. Esta misma corporación tiene decidido que el escrutinio es la pauta que debe tener en cuenta el Juez de derecho para proferir su fallo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

Benjamín Salazar Calderón compareció ante el Jurado en el salón de audiencias del Juzgado 1º Superior de Manizales el siete de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, a responder del cargo de peculado, consistente en *haberse apropiado o haber hecho uso indebido* de la suma de novecientos sesenta y dos pesos con veinticuatro centavos ($ 962.24) cuando ejercía las funciones de Síndico del Hospital de San Juan de Dios, de Salamina, en el período comprendido entre el veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y el siete de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

Las preguntas que el señor Juez 1º Superior de Manizales les presentó a los Jueces de conciencia fueron las siguientes:

"Cuestión principal: ¿Os halláis plenamente convencidos de que el acusado Benjamín Salazar Calderón, natural y vecino de Salamina (C.), casado, negociante y empleado y mayor de edad, ha realizado los siguientes hechos: haber hecho uso indebido de la suma de novecientos sesenta y dos pesos con veinticuatro centavos ($ 962.24), pertenecientes a los fondos del Hospital de San Juan de Dios, de la ciudad citada, lo cual tuvo lugar entre el veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y el siete de julio de mil novecientos cuarenta y uno?"

"Cuestión segunda: ¿Los dineros a que se contrae el cuestionario anterior pertenecían a fondos o caudales públicos?"

"Cuestión tercera: ¿El hecho de que se viene hablando lo consumó el procesado sobre dineros que por razón de sus funciones estaba encargado de recaudar o administrar?"

"Cuestión primera A: ¿Benjamín Salazar Calderón, por culpa dio lugar a que se le extraviaran o perdieran los dineros que tenía bajo su custodia?"

"Cuestión segunda A: ¿Benjamín Salazar Calderón previó los efectos nocivos de sus actos, habiendo podido preverlo?"

"Cuestión tercera A: ¿Los dineros a que se contrae el cuestionario primero A pertenecía (sic) "a fondos o caudales públicos?"

"Cuestión cuarta A: ¿El hecho de que se viene hablando lo consumó el procesado en su carácter de funcionario público, es decir, como Síndico del hospital citado?"

"Cuestión quinta A: ¿El hecho tántas veces mencionado lo consumó el procesado sobre dineros que por razón de sus funciones estaba encargado de recaudar o administrar?"

Contestadas negativamente resultaron la primera (por mayoría), la tercera (por mayoría), la cuarta (por mayoría), la primera A (por mayoría), la segunda A (por mayoría), la cuarta A (por mayoría) y la quinta A (por mayoría); y afirmativamente la segunda de la primera serie (por unanimidad) y la tercera de la segunda serie (por mayoría).

En desarrollo de ese veredicto, el Juez (fallo de 15 de octubre de 1942) absolvió al procesado Salazar, y el Tribunal Superior de Manizales (sentencia de 30 de enero de 1943) la confirmó.

El señor Fiscal del Tribunal de Manizales interpuso recurso de casación contra la sentencia de treinta de enero de mil novecientos cuarenta y tres, invocando las causales 1ª, 3ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Sustenta la primera diciendo que la sentencia del Tribunal de Manizales es violatoria de la ley penal, porque no dio aplicación al artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que el Juez de la causa declarará que

el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, si así apareciere de autos.

A este argumento opone el señor Procurador en lo Penal lo siguiente:

"En el fondo lo que pretende el señor Agente del Ministerio Público en su demanda es que la Corte emprenda el análisis del acervo probatorio, para llegar a la conclusión de que el veredicto es notoriamente injusto y de que así debe declararlo, ordenando la convocación de un nuevo Jurado.

"Cabe observar que, así planteada la cuestión, está mal enfocada la causal, porque de ser viable, el motivo encajaría en la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento. Pero como ya ha tenido oportunidad de decirlo la Procuraduría, la reforma procedimental del año 38 suprimió el tema de la injusticia del veredicto como materia de casación, y no hay asidero para poder estimar como revivida esa causal por haberse hecho una enumeración de motivos consignada en el ordinal 2º del citado artículo 567.

"En otros términos: ni el motivo está bien enfocado, ni en caso de que hubiera sido bien encaminado, podría la Corte entrar a hacer la declaratoria de la injusticia invalidando la sentencia del Tribunal para obtener un nuevo veredicto".

Sustenta la tercera, diciendo que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Responde el Procurador Delegado en lo Penal:

"Ya la honorable Corte tiene jurisprudencia sobre la forma como debe interpretarse el veredicto y sobre lo equivocada que resulta la tesis de pretender contabilizar, por separado, las respuestas individuales de cada uno de los cinco miembros del Tribunal de conciencia. Esa misma alta corporación tiene decidido que el escrutinio es la pauta que debe tener en cuenta el Juez de derecho para proferir su fallo, y en el caso presente resulta que las respuestas negativas de la mayoría de los Jurados implican una absolución.

"Es verdad que los cuestionarios, especialmente los referentes a la figura de la culpa, están deficientemente presentados, entre otras varias razones porque, después de redactada la pregunta genérica sobre la existencia de la culpa, se volvió a interrogar sobre la misma figura en forma específica en cuanto a los elementos constitutivos de ella; es decir, se preguntó dos veces sobre la misma cuestión, la primera creyendo que el Jurado sabía qué se entiende en derecho penal por culpa, y la segunda presentándoles los elementos constitutivos de la misma en una forma negativa, difícil de asimilar aun para los doctores en estas disciplinas jurídicas.

"Pero estos defectos para nada alteran el resultado final de las contestaciones que es, como ya se dijo, de absolución".

Y sustenta la séptima diciendo que hay contradicción en el veredicto porque, "en la forma como se pronunciaron los miembros que condenaron a Salazar Calderón, se observa una contradicción evidente, ya que no es posible admitir que ha habido culpa y dolo a la vez...."

Arguye el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"Acaba de indicarse que, por veredicto, debe tomarse la manifestación unánime o mayoritaria del cuerpo de Jurado, y no la respuesta personal que a cada cuestión haya dado cada uno de los Jueces de conciencia. Luego la contradicción contemplada por la ley en la causal que se estudia es la existente en el veredicto, y no la que pudiera resultar en las respuestas de alguno o algunos de los integrantes del mismo Jurado.

"En el presente negocio no resulta contradictorio que el Jurado hubiera absuelto por peculado doloso y al mismo tiempo proferido absolución por peculado culposo".

No cree esta Sala qué haya necesidad de exponer razones distintas o de robustecer las presentadas por su colaborador del Ministerio Público, para concluir que no es invalidable el fallo absolutorio del Tribunal de Manizales. Y aun bastaría advertir que ha habido en cierto modo un desistimiento, desde luégo que fue un agente del Ministerio Público (Fiscal del Tribunal Superior de Manizales) quien interpuso el recurso, y otro agente de la misma entidad (Procurador Delegado en lo Penal) impugnó sus fundamentos. Sin embargo, la Sala va a concretar su pensamiento acerca del punto principal de la cuestión planteada.

La argumentación del recurrente ha tenido por objetivo penal único el veredicto, que él califica de contradictorio. Y esto no es exacto. Es verdad que dos miembros del Jurado (señores Arango y Puerta) contestaron a las cuestiones primera y segunda de la segunda serie, así: "Sí," a la primera, y "Nó" a la segunda uno de ellos; y "Nó" a la primera y "Sí" a la segunda, el otro. También es verdad que estas dos preguntas se refieren a un mismo punto jurídico (culpa), lo que estaba indicando al Juez que no debió acerca de ese punto formular más de una pregunta, pues ella se prestaba —como en realidad se prestó— a crear confusiones en las

mentes de los miembros del Jurado. Pero estas respuestas no pueden apreciarse aisladamente, porque como partes de un todo que son, deben computarse conjuntamene. Y la Sala ha podido observar que el escrutinio se hizo de manera correcta y que su resultado fue favorable al acusado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, *no invalida* el fallo del treinta de enero de mil novecientos cuarenta y tres, del Tribunal Superior de Manizales, en el cual se absolvió al procesado Benjamín Salazar Calderón del delito de peculado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Eduardo Piñeros y Piñeros, Conjuez—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Causales de impedimento

La sindicación de haber conocido un Magistrado, como funcionario de instrucción en determinado proceso, y haber luégo como miembro del Tribunal reformado una providencia que él no había dictado como Juez, carece de toda seriedad, porque ello no figura como causal de impedimento en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. De otra manera, los Jueces no podrían avocar el conocimiento de aquellos procesos que hubieran instruído.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

Durante la celebración de las audiencias públicas —mes de junio de mil novecientos cuarenta y uno— en el proceso adelantado a José Ignacio Navarro, por el delito de homicidio, el Fiscal del Juzgado 3º Superior de Bogotá, doctor Jesús Estrada Monsalve, quien llevaba en ellas la voz del Ministerio Público, hizo varios cargos al doctor Mario Romero Padilla, quien había intervenido brevemente como Magistrado suplente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en el referido proceso. Y como el Juez que presidia el debate encontrara que las palabras del Fiscal aludían a hechos que envolvían concretas imputaciones, resolvió ordenar se sacara copia de lo pertinente para que la Corte dispusiera lo que fuera legal.

Fue así como esta Sala inició la investigación correspondiente, de cuyo mérito va a decidir.

Resultando:

1º Fueron estos los cargos —de competencia de la Corte— que el doctor Jesús Estrada Monsalve, Fiscal del Juzgado 3º Superior de Bogotá en el mes de junio de mil novecientos cuarenta y uno, le formuló al doctor Mario Romero Padilla, en la sesión del día veinte del mes y año citados:

a) Que el doctor Mario Romero Padilla, como Magistrado suplente del doctor Alejandro Copete Mafla, en el Tribunal Superior de Bogotá, había revocado el auto de siete de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, del Juzgado 3º Superior de Bogotá, auto en el que se llamaba a José Ignacio Navarro a responder en juicio criminal por el delito de homicidio en la persona del doctor Alselmo Beltrán Caicedo, fundándose el Magistrado ponente en que se trataba de un delito de lesiones personales únicamente;

b) Que había demorado o aplazado deliberadamente decidir de la solicitud de reposición presentada por el representante de la parte civil, doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, y

c) Que en el proceso conocido con el nombre de "El Vitriolo" el mismo Magistrado Romero Padilla había reformado el auto de veinticinco de octubre de mil novecientos treinta y nueve, del Juzgado 1º Penal del Circuito de Bogotá, en que se sobreseía temporalmente en favor de algunos de los sindicados, dándoles a esos sobreseimientos el carácter de definitivos, sin parar, por otra parte, mientes en que el Magistrado Romero Padilla no podía conocer en segunda instancia de ese proceso por haber intervenido en el mismo, como funcionario de instrucción.

2º Acerca de esos cargos se interrogó en la indagatoria al doctor Mario Romero Padilla, quien dijo:

"....En dicha ocasión ocupaba yo, desde mediados del mes de mayo de 1940, la plaza de Magistrado, como suplente del doctor Alejandro Copete Mafla, quien hacía una jira por Estados Unidos en representación del Tribunal, jira que duró más o menos un mes. De tal manera que notificada la providencia en que se revocaba la dictada por el señor Juez 3º Superior, el apoderado de la parte civil pidió reposición del auto revocatorio, solicitud que entró para resolver al despacho del Magistrado ponente el día trece de junio de mil novecientos cuarenta, día que, según me parece, ya estaba de regreso en esta capial mi principal, doctor Copete Mafla... Como Magistrado ponente no entré a resolver inmediatamente la reposición que se solicitaba en el mencionado proceso, por las siguientes circunstancias: 1ª Porque había otros negocios, con detenidos, que se hallaban en turno anterior al de la reposición pedida, asuntos a los cuales debía poner mi atención preferencialmente....; 2ª Para que en ese negocio, en el

que se discutia una cuestión jurídica debatible de alguna entidad y hubiera más elasticidad y amplitud de interpretación para la mejor administración de justicia, y teniendo conocimiento de que mi principal iba ya a ocupar la plaza, creí mucho más recto dejar en sus manos la solución de tal problema, ya que, por otro lado, si yo lo hubiese resuelto apenas lo habría podido hacer en proyecto, ya que no me correspondería autorizarlo con mi firma, pues la fecha de la providencia que hubiera podido dictar sería siempre posterior a mi retiro como Magistrado.... Hallándome ocupando el cargo de Juez 1º del Circuito Penal de Bogotá, y habiéndome correspondido, como Jefe de investigación, el asunto de 'El Vitriolo', en las ocasiones en que el expediente subió a mi Despacho, tuve que practicar algunas diligencias, consistentes en recibir varias declaraciones, pero sin dictar ninguna providencia de fondo ni resolver ningún incidente.... Más tarde, cuando ya no ocupaba yo el cargo de Juez 1º del Circuito en lo Penal, sino el doctor Antonio Acosta, este funcionario dictó auto de sobreseimiento temporal en tal asunto, y luégo, cuando ocupé la plaza de Magistrado, en calidad de suplente, estaba este asunto de 'El Vitriolo' en turno para ser despachado. Yo les comuniqué a los compañeros de Sala que ya me había recusado en dicho negocio y que, por tanto, deseaba que me admitieran nuevamente la recusación, pero ellos..... me manifestaron.... que no había motivos de moralidad ni de legalidad que me impidieran resolver la segunda instancia, a lo cual yo les manifesté que si mi deber era despachar el asunto, yo no agregaría una palabra mía, sino que me ceñiría a transcribir la vista fiscal, como así lo hice, por considerar que el señor Fiscal, con lujo de eficiencia, había agotado la materia, y que sus puntos de vista eran los de la Sala".

3º En el curso de la investigación declararon los doctores Jorge Gutiérrez Anzola y Rafael Poveda Alonso, representante de la parte civil aquél, y vocero de la defensa éste, en el proceso contra José Ignacio Navarro. Ambos dan cuenta del incidente ocurrido en la intervención del Fiscal, pero dejan a salvo el buen nombre del doctor Romero Padilla en lo concerniente a las imputaciones ya conocidas.

4º Consta en los autos que el doctor Mario Romero Padilla ejerció el cargo de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, como suplente del doctor Alejandro Copete Mafla, del diez y siete de mayo de mil novecientos cuarenta al trece de junio del mismo año, es decir, durante veintiocho días.

5º Por las copias traídas a esta investigación se sabe: que el auto en que el doctor Romero Padilla revocó el del Juzgado 3º Superior de Bogotá, está fechado el seis de junio de mil novecientos cuarenta; que la solicitud de reposición la hizo el doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola el diez del mismo mes; que el Magistrado en propiedad, doctor Alejandro Copete Mafla, la resolvió de acuerdo con lo pedido por la parte civil, es decir, dejando en firme el auto del Juez, el dos de agosto; y que el auto dictado por el doctor Romero Padilla en el proceso de "El Vitriolo", en el cual se limitó a reproducir el concepto del Fiscal del Tribunal, sin que hubiera habido, para modificar el de primera instancia, petición de parte, fuera, como ya se dijo, de la solicitud del Ministerio Público, está fechado el doce de junio de mil novecientos cuarenta.

CONSIDERANDO:

1º El señor Procurador Delegado en lo Penal opina que debe sobreseerse definitivamente en favor del sindicado, por no ser delictuosos los cargos que dieron lugar a la investigación. Dice el conceptuante:

"El doctor Romero Padilla explica en su indagatoria que se abstuvo de fallar la reposición y creyó conveniente dejarla al criterio del Magistrado principal, por tres razones: a) Porque había otros negocios, con presos que tenían el turno preferente, dado el órden cronológico en que habían entrado al despacho; b) Porque en el proceso contra Navarro se discutía una tesis jurídica de alguna entidad, y para que hubiera más amplitud de interpretación, en bien de la mejor administración de justicia, estimó conveniente que fuera el Magistrado principal, doctor Copete, quien ya estaba para ocupar su puesto de nuevo, el que dijera la última palabra sobre la debatida cuestión, y c) Porque, aunque hubiese elaborado el proyecto, no habría alcanzado a firmarlo, desde luégo que el doctor Copete Mafla estaba próximo a desempeñar nuevamente la magistratura.

"Las tres razones son de peso suficiente para justificar la conducta del Magistrado doctor Romero Padilla. Según ellas él no demoró caprichosamente, no rehusó dolosa o culposamente el pronunciamieno de una providencia a que estaba obligado de acuerdo con la ley, ni perjudicó tampoco a nadie con ese proceder.

"Aún más: aunque el doctor Romero Padilla hubiese querido despachar la reposición con la mayor rapidez posible —que entonces hubiera sido sospechosa su actitud— tampoco habría podido realizar ese propósito, dado el corto tiempo de que disponía en su suplencia como Magistrado.

"En efecto, consta de autos que la reposición la interpuso la parte civil el diez de junio de mil

novecientos cuarenta. Esa solicitud había que dejarla sobre la mesa de la Secretaría por dos días, para los efectos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil. De suerte que suponiendo que los dos días empezaron a correr desde el siguiente, o sea el once de junio, la solicitud de reposición debió pasar al estudio del Magistrado el trece de ese mes, a partir del cual tenía él tres días para fallar.

"Pero ocurre que el doctor Romero Padilla estuvo de Magistrado precisamente hasta el trece de junio de mil novecientos cuarenta, pues el catorce de ese mes se posesionó el doctor Copete Mafla, según certificado que obra al folio veinte vuelto de este negocio. Era, pues, casi físicamente imposible que en ese solo día trece de junio pudiese el doctor Romero Padilla elaborar el proyecto, discutirlo, dejarlo aprobado y sacado en limpio.

"En tal virtud, el cargo hecho por el Fiscal de que dicho Magistrado demoró deliberadamente e injustamente la reposición intentada por la parte civil, carece del más leve fundamento.

"Además, la razón de delicadeza que aduce el doctor Romero Padilla para no precipitarse a hacer el proyecto, era conveniente para la acertada solución del negocio y pone de manifiesto la rectitud y probidad con que él procedía en su elevada posición de juzgador.

"Finalmente, la sugerencia de que el doctor Romero Padilla fallara favorablemente al doctor Talero, por amistad o simpatía hacia él, no tiene apoyo en el proceso. Basta pensar que el doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, que representaba la parte civil en el negocio contra José Ignacio Navarro, y que pudo considerarse lesionada con la providencia del doctor Romero Padilla, dice lo siguiente sobre la honorabilidad del Magistrado:

'.....que como apoderado de la parte civil había reclamado contra el auto del doctor Romero Padilla que cambiaba la calificación del delito, reclamo que hice en términos jurídicos por cuanto me parecía inaceptable la tesis del doctor Romero. Que desde luégo anticipaba mi creencia en la absoluta buena fe con que había procedido el doctor Romero Padilla, aunque disentía de sus opiniones jurídicas; que por lo demás, no me constaba, como en realidad no me consta, la existencia de la connivencia o compadrazgo entre el doctor Romero Padilla y el doctor Talero....' (Folio 80).

"El segundo cargo, según se dejó enunciado, consiste en que el Magistrado doctor Romero Padilla se atribuyó 'como por encanto' el conocimiento del proceso denominado de 'El Vitriolo'; que no se declaró impedido en él, a pesar de haber actuado como funcionario de instrucción; y que reformó el sobreseimiento, de temporal en definitivo, porque así se lo pidió el abogado doctor Talero.

"Tampoco prospera esta acusación.

"El doctor Romero Padilla no se asignó arbitrariamente el conocimiento de aquel negocio. Este fue repartido el treinta de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, correspondiéndole conocer al Magistrado doctor Copete Mafla. Durante la ausencia de éste, su suplente, doctor Romero Padilla, revisó el auto de sobreseimiento temporal proferido por el señor Juez 1º Penal del Circuito de esta ciudad.

"En la providencia del Tribunal se vacía, como fundamento de ella, el extenso y meditado estudio que hizo el señor Fiscal, quien fue el que solicitó el sobreseimiento con carácter de definitivo, y lo cual fue acogido por la corporación sin salvamento alguno de voto.

"Pudo ser equivocada la apreciación de que el sobreseimiento fuera definitivo y no temporal, pero ese error no implica la comisión de delito alguno, cuanto se carece de la más mínima prueba acerca de que el Magistrado ponente en ese asunto obrara por móviles torcidos o contrarios al interés de la justicia. La falibilidad humana siempre va implícita en todos los juicios de los hombres, mayormente tratándose de un negocio complicado y de trascendencia social, como era el de 'El Vitriolo'.

"Por otra parte, no es cierto, como lo afirma el señor Fiscal, que el sobreseimiento definitivo obedeciese a la solicitud hecha en tal sentido por el abogado Talero. Este, según constancia al folio 185, no alegó ni en la primera ni en la segunda instancia del proceso cuestionado.

"Finalmente, el doctor Romero Padilla no estaba impedido para conocer en segunda instancia de tal expediente, puesto que él no había proferido en primera la providencia que se iba a revisar, caso en el cual el Juez *ad-quem* no puede estudiar sus propias decisiones, al tenor de los artículos 435, ordinal 6º del Código de Procedimiento Civil —aplicable al caso de autos— y 73, ordinal 7º, del Código de Procedimiento Penal.

"El doctor Romero Padilla, como él mismo lo confiesa en su indagatoria, en su carácter de Jefe de Instrucción (era Juez 1º del Circuito Penal), practicó algunas diligencias referentes a la recepción de declaraciones, 'pero sin dictar ninguna providencia de fondo ni resolver ningún incidente'.

"Como funcionario de instrucción que era y también como Juez de la causa, tenía el doctor Romero Padilla jurdicción plena para instruir y para calificar el sumario en primera instancia. Y como cuando desempeñaba la magistratura no le tocó revisar providencia alguna que

hubiese proferido siendo Juez, dedúcese de ello que no había inconveniente de orden legal ni ético para actuar en la forma en que lo hizo, revisando un auto de sobreseimiento dictado por otro Juez.

"Conclúyese de todo lo expuesto que la conducta del Magistrado Romero Padilla no puede tacharse como delictuosa, según la acusación formulada por el señor Fiscal del Juzgado 3º Superior".

2º En la acusación del doctor Estrada Monsalve se sugirió un doloso entendimiento entre el doctor José Ignacio Talero, que defendía a Navarro, y el doctor Romero Padilla; y que debido a ese contubernio, al que el Fiscal le dio el calificativo de "compadrazgo", el doctor Romero Padilla reformó tanto el auto de siete de diciembre de mil novecientos treinta y nueve (proceso Navarro), como el de veinticinco de octubre (proceso "El Vitriolo"), en ventaja de los intereses que patrocinaba el doctor Talero, quien también era apoderado de uno de los sindicados que fue favorecido con el sobreseimiento definitivo. Pero es lo cierto que esa confabulación o alianza vituperable entre el Magistrado y el defensor no se demostró, ni tiene el menor apoyo en el resultado de esta investigación. No hay de dónde deducirla siquiera. El Magistrado Romero Padilla expuso una tesis —todo lo equivocada que se quiera— en el auto de seis de junio, y esto de por sí no conduce a pensar que lo hizo gobernado por un deseo de favoritismo o de algo peor, puesto que esa tesis la aceptaron sus compañeros de Sala y versaba acerca de un punto por lo menos discutible de derecho.

3º En lo tocante al proceso de "El Vitriolo", hay que repetir que el Magistrado Romero Padilla circunscribió su esfuerzo mental a reproducir el concepto del Fiscal del Tribunal, concluyendo de acuerdo con él, es decir, sobreseyendo definitivamente en favor de los sindicados que el Juez había amparado con sobreseimiento temporal. Y también hay que repetir que el doctor Talero ni hizo petición de ninguna clase al respecto de la reforma de esa providencia.

4º La sindicación de haber conocido el Magistrado Romero Padilla, como funcionario de instrucción en el asunto de "El Vitriolo", y haber luégo como miembro del Tribunal de Bogotá reformado una providencia que él no había dictado como Juez, carece de toda seriedad, porque ello no figura como causal de impedimento en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. De otra manera, los Jueces no podrían avocar el conocimiento de aquellos procesos que hubieran instruído.

5º Finalmente, el cargo de haber dilatado el doctor Romero Padilla resolver la solicitud de reposición del auto de seis de junio de mil novecientos cuarenta, es completamente innocuo, como se verá en seguida: el memorial en que se pedía que se repusiera el auto fue presentado el diez de junio de mil novecientos cuarenta, día lunes. Suponiendo que se hubiera sustanciado el mismo día, habría tenido este desenvolvimiento o tramitación: dos días después, a partir del lunes diez, para la notificación, que se habría hecho el jueves trece de junio; tres días para la ejecutoria, es decir, viernes catorce, sábado quince y lunes diez y siete; y dos días en la Secretaría del Tribunal, en cumplimiento del auto mismo, o sean el martes diez y ocho y el miércoles diez y nueve. Solamente habría podido ser despachada esa petición el jueves veinte de junio en adelante. Y el doctor Romero Padilla no actuó como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá sino hasta el trece de ese mes.

6º Todo ello quiere decir que no se reúnen en el presente caso las exigencias del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal y que, por lo tanto, debe darse aplicación al artículo 437 ibidem.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, *sobresee definitivamente* en favor del doctor Mario Romero Padilla por los cargos que, como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, le fueron hechos por el señor Fiscal del Juzgado 3º Superior de la misma ciudad durante el desarrollo de las audiencias públicas en el proceso que por homicidio se seguía a José Ignacio Navarro.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Guillermo Morales Peña, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Los autos de sobreseimiento definitivo son consultables

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

Para un mejor entendimiento del recurso de casación que se ha interpuesto contra la sentencia de trece de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, del Tribunal Superior de Bogotá, en la que se aprobó lo resuelto por el Juez 3º Superior de la misma ciudad, es conveniente hacer un resumen histórico del proceso.

El cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, el Juez 3º Superior de Bogotá, quien venía dirigiendo la investigación iniciada el doce de septiembre de mil novecientos cuarenta contra Indalecio Pulido o Arcadio Jiménez por violencia carnal, hecho consumado el dos de septiembre de mil novecientos cuarenta, en casa de María viuda de López, Municipio de Fusagasugá, en la persona de la menor Emma Castillo, de diez y siete años de edad, y quien era considerada en la región como hija del acusado, dictó un auto, en cuya parte resolutiva dispuso:

"1º *Sobreseer temporalmente* a favor de Indalecio Pulido o Arcadio Jiménez por los delitos de *violencia carnal y de incesto*, de que trata la presente investigación;

"2º *Reabrir la investigación* para que el funcionario de instrucción practique las pruebas solicitadas por el señor Fiscal y para que verifique las que, posteriormente, este Despacho le ha de señalar de manera concreta de acuerdo con la parte motiva de esta providencia...."

Como el Juez hubiera ordenado consultar esta providencia, el sumario fue remitido al Tribunal Superior de Bogotá. Allí la Sala Penal lo revocó y abrió causa criminal a Indalecio Pulido o Arcadio Jiménez por el delito de violencia carnal en Emma Castillo, de conformidad con el Capítulo I, Título XII, Libro II del Código Penal (auto de 23 de septiembre de 1942).

Terminado el juicio en primera instancia, el Juez del conocimiento, en desarrollo del veredicto del Jurado, que se pronunció afirmativamente respecto de las tres preguntas que le fueron formuladas, dictó sentencia condenatoria, en la cual le impuso al procesado Pulido o Jiménez la sanción principal de dos años de prisión.

El doctor José Reyna Prieto, quien asistió en las instancias del inicio al procesado, ha pedido a la Corte que se invalide la sentencia o se reponga el procedimiento a que ella dio lugar, alegando como causales de casación la 4ª y la 5ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Tanto en el escrito que el recurrente dirigió para sustentar el recurso, como en el resumen que ha presentado de su disertación oral el día de la audiencia ante la Sala, se esfuerza en esta demostración, que constituye, a no dudarlo, la parte medular del recurso que ha intentado: a), que los autos de sobreseimiento —especialmente los de carácter temporal— no son consultables, por no haber en el Código de Procedimiento Penal disposición alguna que autorice ese trámite; b), que el Tribunal Superior de Bogotá, al conocer y revocar el auto de cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, obró sin jurisdicción; y c), que, de consiguiente, es nulo lo actuado de ahí en adelante en el juicio contra Indalecio Pulido o Arcadio Jiménez.

Por su parte, el Procurador Delegado en lo Penal sostiene que los sobreseimientos todos son consultables, y que, en consecuencia, no puede prosperar la causal 4ª de casación, como tampoco la 5ª, cuyos fundamentos (no haberse expresado con claridad y de manera terminante cuáles fueron los hechos que el Tribunal consideró probados) brevemente examina y asimismo refuta.

Uno y otro —demandante y Agente del Ministerio Público— han aludido a opiniones anteriores de la Sala, y la invitan a concretar y precisar su pensamiento sobre esta importante materia, que ha dado lugar a opuestas conclusiones, que se continúan adoptando en los Tribunales del país, sin que hasta el momento pueda decirse que el criterio al respecto se haya unificado.

Como se trata de un punto que en realidad reclama ser definido con claridad, la Sala se propone estudiarlo en este fallo tan detenidamente como sea necesario.

Quizás la primera vez que ella abordó el examen relativo a la consulta de los sobreseimientos,

después de expedida la Ley 94 de 1938 y de encontrarse en vigencia, fue el 1º de junio de 1940. Se trataba de decidir de la consulta de un sobreseimiento dictado en favor de un Juez, acusado por hechos cometidos en ejercicio de sus funciones. Se dijo entonces que no había en el Código de Procedimiento Penal —salvo el caso del artículo 430—, "precepto legal que establezca la consulta para las providencias de sobreseimiento". *(Gaceta Judicial,* números 1964 y 1965, páginas 529 a 530).

Luégo, en un proyecto de ley sobre reformas a la 94 de 1938, que la Corte presentó al Congreso (septiembre de 1940) se volvió a tratar de esta cuestión en los siguientes términos:

"En el capítulo que trata del sobreseimiento se dejó de incluír el precepto que disponga si aquella providencia es consultable y en qué casos. La jurisprudencia acerca de la consultabilidad del sobreseimiento, dado ese vacío del nuevo Código, ha sido vacilante y aun contradictoria, pues al paso que algunos Tribunales se han inhibido para resolver consultas de sobreseimiento, basándose en que sin estar ese grado de jurisdicción previsto en la ley no pueden arrogárselo, por ser de estricta interpretación todo lo relacionado con la jurisdicción y competencia, otros Tribunales han seguido conociendo de las respectivas consultas, apoyados para ello en deducciones sacadas de artículos como el 430; y aun alguno ha expedido Acuerdo (de discutible legalidad), en que ordena a los Jueces del respectivo Distrito Judicial que en lo sucesivo consulten con el superior los autos de sobreseimiento. No sólo la tradición jurídica del país pide que la ley resuelva expresamente sobre ese punto, sino también la necesidad de evitar el desconocimiento de la jurisprudencia al respecto." *(Gaceta Judicial,* números 1961 y 1963, página 140).

Tres meses después (diciembre de 1940), ya se ahondó un poco más en el análisis de este tema. Pertenecen a la providencia dictada entonces las siguientes consideraciones:

"....la Sala ha llegado a la conclusión de que para conocer de la consulta del sobreseimiento, ante la falta de reglas expresas habría que acudir a una inadmisible escala de analogías. En primer lugar, el Código nada proveyó sobre sustanciación en segunda instancia de la consulta de autos interlocutorios, y sería preciso suplir por analogía el trámite correspondiente, acudiendo no se sabe si a las reglas que la ley da para surtir la consulta de sentencias, o a las normas sobre apelación de autos interlocutorios. En segundo lugar, sería inaceptable el supuesto de que deba someterse a consulta todo auto de sobreseimiento definitivo, si se tiene en cuenta que ni aun las sentencias absolutorias están siempre sujetas a ese medio de revisión. Habría que ponerle alguna limitación a la consultabilidad de los sobreseimientos, y al crear esa regla obraría la Corte de modo arbitrario, atribuyéndose la función del legislador. Por último: la jurisdicción no es asumible por analogía, ya que los agentes del Poder Público sólo pueden ejercer funciones que les haya conferido expresamente la ley, máxime si se trata de las que implican mando o autoridad en lo judicial. En las actas de la Comisión que elaboró el Código de Procedimiento se encuentra un proyecto de artículo según el cual el sindicado respecto de quien se sobreseyera sería puesto en libertad con fianza 'mientras se surte la consulta del sobreseimiento'; pero lo cierto es que en el proyecto definitivo presentado a las Cámaras, resultó suprimida tal frase en ese artículo, que llevaba el número 411 y vino a ser el 410 de la Ley 94 de 1938. (Véanse páginas 71 a 81, del tomo III, y 113 del tomo VIII, *Trabajos Preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal).* Esto es muy significativo si se tiene en cuenta que la Comisión Redactora del Código consideró también otra fórmula que dice así: 'Artículo. El sobreseimiento dictado por los Juzgados de Circuito o los Superiores, en los negocios en que deba procederse de oficio, será consultado al Tribunal Superior respectivo; y los dictados por los Jueces Municipales a los Jueces de Circuito'. (Véase página 11, tomo III, Actas de la Comisión). No aparece que esa fórmula hubiese sido aprobada por la Comisión, ni quedó incluída en el proyecto. Y en todo caso, ella no hablaba de los sobreseimientos proferidos por los Tribunales Superiores, quizá con la idea de que la categoría de estas entidades y la circunstancia de que dictan el respectivo auto en Sala de Decisión, habrían de ser garantías suficientes de acierto...." *(Gaceta Judicial,* números 1964 y 1965, páginas 553 y 554).

Finalmente, en Acuerdo número 170, de tres de abril de mil novecientos cuarenta y uno, dijo:

"....En providencia de primero de junio de 1940, dijo esta Sala que no existiendo en dicho estatuto precepto legal que establezca la consulta de aquellos autos, la Corte no podía arrogarse ese grado de jurisdicción.

"En desacuerdo con la Sala, el Procurador Delegado en lo Penal pidió reconsideración de la expresada providencia y de otras, pronunciadas con posterioridad en igual sentido, por lo cual la decisión final quedó pendiente hasta el 3 de diciembre próximo pasado, en que, después de varios meses de deliberaciones acerca de los diferentes aspectos de la cuestión, la Corte hubo de llegar a la conclusión de que no podía suplir la falta voluntaria o involuntaria que se advertía en el nuevo Código, en lo con-

cerniente al capítulo de sus atribuciones, asumiendo funciones propias del legislador.

"Siendo evidente que la norma legal que se echa de menos correspondía dictarla al Organo Legislativo, la Corte manifestó, en su citada providencia del 3 de diciembre, que el 23 de septiembre anterior había dirigido un mensaje motivado al Congreso Nacional, en el cual plantea la necesidad de introducir reformas al nuevo Código de Procedimiento Penal, entre ellas la relativa a la consulta de los sobreseimientos. No sobra agregar que la Sala se puso en contacto con los miembros de las respectivas comisiones parlamentarias, a fin de colaborar con ellas, como lo hizo durante varias semanas, en estudio del proyecto que esta misma Sala había redactado.

"La jurisprudencia de la Corte, si así puede llamarse el obvio reconocimiento de que ella no puede ejercer facultades jurisdiccionales que la ley no le confiere, expuesta en firme, como queda dicho, el 3 de diciembre último, se publicó en el número de la *Gaceta Judicial*, de la Corte Suprema, que empezó a circular en Bogotá hace apenas tres días.

"Tal declaración obliga solamente a la Corte, comoquiera que está concretada al radio de su competencia, sin que en modo alguno se refiera a la de los Tribunales, cuyo capítulo de atribuciones contiene reglas no exactamente iguales a las que regulan las facultades de esta Sala.

"Admitiendo que alguno o algunos de los Tribunales de Distrito Judicial tuvieran oportunidad de enterarse de que la Corte, por auto de junio de 1940, solamente ejecutoriado en diciembre, se consideró inhibida para conocer de la consulta de los sobreseimientos dictados en primera instancia por los Tribunales, en asuntos iniciados bajo la vigencia del nuevo Código, la realidad, la que conoce la Corte, no permite deducir que tales entidades se hayan guiado, en lo que a ellas compete, por la tesis expuesta por la Sala en aquellas providencias.

"Carece la Corte de información completa acerca de la manera como cada uno de los Tribunales haya resuelto la cuestión de la consultabilidad de los sobreseimientos, ante las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal, en orden a la esfera de sus atribuciones propias. El Tribunal Superior de Bogotá, según información publicada en alguno de los diarios de la ciudad, a fines del año pasado, expidió un Acuerdo sobre el particular, en el cual considera que los autos de que trata, dictados por los Jueces de su jurisdicción, deben seguir siendo sometidos a consulta, en los casos a que el Acuerdo se refiere. Es decir, que el Tribunal de Bogotá, cuya sede le permite estar al corriente, día a día, de las decisiones de la Corte, no entendió que ésta, al manifestarse legalmente inhibida para revisar por consulta los autos de sobreseimiento pronunciados por los Tribunales Superiores con aplicación al nuevo Código de Procedimiento Penal, hubiera establecido un precedente general aplicable, por analogía, a las providencias similares de los Jueces Superiores y de Circuito...." (*Gaceta Judicial*, número 1970, páginas 97 y 98).

El criterio de la Sala, como ha podido verse en las transcripciones precedentes, no ha sido de una firmeza que pudiera llamarse indiscutible en lo referente al punto de interés en este caso. De esa inseguridad son buena muestra aquellas consideraciones que ella hace para concluir que su declaración (de que no hay precepto que establezca perentoriamente la consultabilidad de los sobreseimientos), atañe únicamente a lo de su competencia y no a la de los Tribunales, "cuyo capítulo de atribuciones contiene reglas no exactamente iguales a las que regulan las facultades de esta Sala".

Si no hay, pues, uniformidad en cuanto al tema procedimental que se examina, puesto que mientras que en algunos Distritos Judiciales se ha seguido el parecer de la Corte, pero no ya en la forma restringida o limitada al radio de su jurisdicción, sino extendiéndola a las demás jerarquías, en otros se ha adoptado la práctica de la consulta, bien sea con el convencimiento de parte de estos últimos de que así se amparan más eficazmente los intereses colectivos y se traduce mejor la idea predominante en las nuevas leyes penales, que son de defensa social, o bien porque hayan entendido que si existe disposición que los autoriza para revisar aquellas providencias en que los Jueces declaran la inocencia de los acusados, es inaplazable que la más alta corporación judicial ejerza su función orientadora, para que así desaparezcan esas diferencias que crean una situación anómala en la administración de justicia de Colombia, como si los territorios de la República —en lo judicial—, estuvieran bajo el imperio de distintas leyes.

Buscarle a ésta su verdadero sentido, es misión de los Jueces (artículo 20 del Código Civil). Que al desentrañar el pensamiento que ellas encierran u ocultan resulta una norma no escrita en los Códigos, pero que es fiel representación de la idea del legislador, no significa que los Jueces hayan usurpado la genuina función de aquél, ni que hayan violado el principio constitucional acerca de la división de los poderes, cuyos órganos laboran armónicamente.

A propósito, el doctor Tulio Enrique Tascón, en su obra *Derecho Constitucional Colombiano*, página 129, presenta este ejemplo de esa colaboración:

"El Organo Judicial, además de pronunciar sentencias en juicios civiles o criminales, que es su función propia, ejerce funciones administrativas, cuando nombra los Jueces inferiores o funcionarios subalternos, y, en cierta manera, legislativas, cuando interpreta las leyes, por vía de doctrina sentando jurisprudencia."

Y la doctrina puede variarse (artículo 4º, Ley 169 de 1896) de la misma manera que cambian las leyes, pues ni la una ni las otras, pueden ser estáticas, sino que deben corresponder a la evolución gradual de los países en que actúan.

Cicerón denominaba al Juez *lex lequens*, porque consideró que su labor era de interpretación y no de indiferencia o mecánica enfrente de las normas legales. Pues el hecho de aplicar la ley supone interpretarla previamente. La interpretación judiciai, que es la que hace el Juez (otra es la auténtica, que emana del legislador; y otra la doctrinal, que es la hecha por los tratadistas), puede ser desde un punto de vista gramatical (investigación del sentido de las palabras) o lógico (en que se trata de descubrir la voluntad del legislador, basándose en determinados principios y relacionando unas disposiciones con otras de la misma ley o anteriores a ellas). Esta última clase de interpretación es declarativa, restrictiva, extensiva y progresiva. La primera, cuando entre el espíritu y la letra de la ley no hay discrepancia y su alcance es conocido, es decir, que no va más allá del tenor literal expresado; la segunda, cuando hay que limitar la trascendencia del precepto, como quien dice reducir o mermar su proyección para ampliar el alcance de las palabras legales, para que la letra corresponda al espíritu y voluntad que la misma ley quiso expresar; y la cuarta viene a ser el resultado de aplicar un criterio evolucionista y de oportunidad a aquellas normas que no fueron modificadas, pero que por su contenido pueden ser atemperadas a época distinta de aquella en que fueron expedidas. Esto es lo que algunos autores llaman vitalizar la ley. Y no hay que confundir estos métodos de interpretación —el progresivo especialmente— con la interpretación analógica. El criterio de analogía está proscrito del Derecho Penal, material o formal, en casi todos los países, a excepción de la Unión Soviética, Alemania y Dinamarca Pero este procedimiento analógico es otra cosa. En él se trata de servirse de un precepto legal en un caso para el que no está previsto, pero que es semejante a aquél en que la ley ha determinado que actúe. Se crea, pues, una disposición que no estuvo en la mente del legislador expedir, o, en otros términos, se hace una verdadera suplantación de funciones en el organismo del Poder Público.

Sobre esta base de estudio va a ocuparse la Sala en el concerniente a la cuestión que se le ha planteado en la demanda.

La anterior legislación adoptó la consulta en el procedimiento común para los autos de sobreseimiento, tanto temporales como definitivos, pero con tal de que el delito, materia de la investigación, tuviera señaladas cualesquiera de estas penas: muerte, presidio o reclusión (artículo 346, Ley 105 de 1890). Disposición aplicable en el procedimiento de oficio, es decir, cuando no había necesidad de queja o acusación para que la acción prosperara. Porque los "juicios de responsabilidad", por ejemplo, estaban sujetos a otras reglas procesales. Estos juicios, que se formaban cuando el acusado era empleado público, a quien se imputaba el haber abusado del ejercicio de sus funciones o no haber cumplido con ellas (artículo 1819, Ley 147 de 1888), requerían, para poder ser iniciados, queja de parte y prueba sumaria del relato de quien la daba (artículo 359, Ley 105 de 1890), y se dividían en ordinarios y extraordinarios. Aquéllos, cuando el hecho estaba sancionado con "pena corporal" o privación o suspensión de los derechos políticos o civiles, e inhabilitación para ejercer empleo; y éstos, cuando la infracción merecía pena de arresto o reparación de los daños y perjuicios nada más (artículo 360, Ley 105 de 1890). En uno y otro caso se estableció la consulta para los autos de sobreseimiento (artículos 1892, Ley 147 de 1888 y 67, Ley 100 de 1892).

De manera que cuando se juzgaba a un Juez por actos relacionados con sus funciones propias, la decisión en que se declaraba que no había lugar a proceder contra el sindicado, no estaba sujeta al trámite del artículo 346, Ley 105 de 1890, sino a los especiales que se acaban de ver.

La Ley 94 de 1938 guardó silencio acerca de este particular. Y ese silencio no es, para la Corte, como se ha podido ver, interpretable en otro sentido distinto del que se les ha dado a los casos de su competencia. La misma fórmula que adoptó la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, y que luégo, sin que se sepa por qué, no fue llevada al estatuto, no hablaba de consulta de sobreseimientos sino cuando ellos eran pronunciados por los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales. Y por tal razón esta Sala explicó su parecer en el Acuerdo 170.

Mucho se ha dicho acerca de la conveniencia de consultar con el superior esas determinaciones que toman los Jueces, en ocasiones a la ligera y sin mayor estudio, con las cuales dan por terminada una investigación de grave contenido. La Sala no va a repetir esos argumentos que son tan fundados como numerosos y que están de acuerdo con una tradición invariable en el pro-

cedimiento penal colombiano. Aun cuando no sobra advertir que si el Ministerio Público cumple a cabalidad su misión, el riesgo de una ligereza judicial, o algo de mayor categoría en que el funcionario incurra, no habría de presentarse por el hecho de que no existiera en la ley una disposición que ordenara la consulta de los sobreseimientos. No va a apoyarse en esa clase de razones, porque sí hay artículos de los cuales puede deducirse, sin forzar la lógica, que está establecida en el Código de Procedimiento Penal vigente la consulta para los autos de sobreseimiento definitivos. Esas disposiciones son: 44 (ordinal 4º), 184, 196, 410, 430 y 438.

El primer artículo citado dice: "Los Tribunales Superiores de Distrito, por medio de las Salas Penales, conocen: .... 3º De las apelaciones y consultas que se surtan en los procesos criminales de que conozcan los Jueces Superiores de Distrito, los Jueces de Circuito en lo Penal y los Jueces de Instrucción Criminal"; el 2º (184): "Algunas providencias tienen un grado de jurisdicción llamado de consulta"; el 3º (196): "Toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal, y no debe ser consultada"; el 4º (410): "Se pondrá provisionalmente en libertad, con caución al procesado respecto del cual se haya sobreseído, o a quien se haya absuelto en primera instancia, cualquiera que sea la infracción por que se proceda"; el 5º (430): "Cuando el auto de proceder no fuere apelado y los procesados, siendo varios, no fueren todos llamados a juicio, o cuando haya serios motivos para temer que existen otro u otros partícipes del delito que aún no han sido descubiertos, se sacará copia del proceso para la consulta del sobreseimiento o la continuación de la investigación, sin suspender el juicio"; y el 6º (438): "En el auto de sobreseimiento temporal se reabrirá la investigación, y se pasará el proceso o la copia de él, según el caso, a un funcionario de instrucción, si el mismo Juez no quisiere continuarla...."

Se podría decir, y tal vez se ha dicho, que ni el habérseles atribuído a los Tribunales el conocimiento de las consultas que se surtan en los procesos penales conducidos por los Jueces Superiores y de Circuito, ni el haber expresado que algunas providencias tienen un grado de jurisdicción llamado de consulta, ni el haberse agregado que esas providencias no quedan ejecutoriadas sino cuando se ha cumplido con tal trámite, convencen demasiado, puesto que hay sentencias consultables y sentencias no consultables (artículos 153, 189 y 539 del Código de Procedimiento Penal), y así no se habría señalado una función que no iba a tener en la práctica ningún significado.

La réplica no sería atinada. Los Códigos son organismos de conjunto que necesariamente expresan una tendencia, y al ponerlos en actividad no se pueden desvertebrar, porque se rompería su unidad y su armonía. Y entonces ocurre esta pregunta: ¿Qué papel desempeñaría en la Ley 94 de 1938 el artículo 410, si no estuviera establecida la consulta para los sobreseimientos definitivos? ¿Habría algún motivo de orden legal o jurídico para mantener en situación provisional a quien hubiere sido favorecido por una providencia de esa clase? Ese artículo, de no entenderse que prevé un estado transitorio del procesado, mientras se hace estable con la autorización del superior en la segunda instancia, sería una pieza sin oficio en la armazón y estructura del Código.

Si en el artículo 184 quedó establecido el instituto de la consulta, no hay por qué entender, con un criterio de limitación, que fue para las sentencias o cierta clase de ellas. De ser así, nada más fácil y aconsejable que evitar la palabra "providencia", término más comprensivo y genérico. Ahora, que el Código de Procedimiento Penal fue poco determinativo, es algo que hay que reconocer. Se apartó él en esto de la legislación precedente, más ampulosa y casuística. Pero no debe olvidarse que esa es su característica más destacada: la propensión a abreviar. Primó en ese cuerpo de disposiciones la idea de que lo iban a manejar verdaderos especialistas; y de ahí los vacíos que se advierten en él y que se han llenado sabiamente por la judicatura. No dijo, por ejemplo, quién debía, si el funcionario de instrucción o el Juez competente por la naturaleza del hecho —cuando no fuera el mismo instructor— dictar la sentencia a que se refiere el artículo 153. Y ha habido que adoptar que esa clase de sentencias debe proferirlas en cada caso el Juez correspondiente. Se ha aplicado aquí, pues, un criterio de interpretación restrictiva, buscando la "mens legal" del precepto. Tal como ha ocurrido en la aplicación de estos otros artículos: 48 (ordinal 2º) y 64.

Al comentar el señor Procurador Delegado en lo Penal el artículo 430, dice que sería descabellado admitir que sólo se había establecido la consulta de sobreseimiento cuando en la providencia respectiva se resolviera a la vez llamar a juicio a otro u otros sindicados. Y tiene razón en su crítica. Sería ello un despropósito. Por lo tanto, ese artículo hay que aplicarlo de una manera racional. Porque en realidad él no supone sino que preceptúa que los sobreseimientos son consultables. Sus términos son bien claros: "Se sacará copia del proceso para la consulta del sobreseimiento", dice. Luégo instituye la consulta. ¿Para ese caso, nada más? ¿Por qué creerlo así? No hay razón valedera alguna que

permita o favorezca semejante hipótesis, que originaría una situación *sui géneris*, de una peculiaridad enteramente inadmisible y que conduciría a este incongruente resultado: si el sobreseimiento para uno va acompañado de enjuiciamiento para otro, consúltese; si va solo, archívese el proceso.

Se ha visto, pues, que esa interpretación es de una lógica indestructible y que al emplearla no se ha acudido a procedimiento analógico alguno, sino que se ha desentrañado el sentido de un artículo, buscándoles un alcance adecuado a las palabras del legislador, para que la letra de la disposición corresponda exactamente al espíritu y voluntad que la misma ley quiso expresar.

No podría, de consiguiente, prosperar el argumento de que la Corte ha creado un grado de jurisdicción, suponiendo la existencia de un precepto legal contrario a la índole de la ley de que hace parte, a su orientación y tendencia. Lo que se ha tratado es de entender el pensamiento del legislador, que de otra manera resultaría en pugna con su querer.

¿Qué razón sería admisible —ocurre preguntar— para que los redactores del Código de Procedimiento Penal, que es la Ley 94 de 1938, hubieran creído necesaria la consulta de las providencias que se dictaran en virtud de haber aplicado el artículo 153, y no indispensable esa consulta para los autos de sobreseimientos definitivos? ¿No son acaso providencias que deciden una misma cuestión trascendental, de efectos iguales, con la única diferencia, en cuanto al trámite, de que en la una se requiere el previo concepto del representante del Ministerio Público, concepto que tiene que ser favorable, lo que es ya de por sí una garantía, que sería suficiente para no rodear la providencia respectiva de más formalidades? En la una (artículo 153) se ordena que cese el procedimiento porque el hecho imputado no ha existido, o porque el procesado no lo ha cometido o porque la ley no lo considera como infracción penal, o porque la acción no podía iniciarse o proseguirse; y en la otra (artículo 437) se libera de la misma acción penal al sindicado cuando está demostrada su inocencia, o cuando aparece que no se realizó el hecho, o cuando éste no es constitutivo de delito, etc. Unos mismos o parecidos fenómenos, al menos, y unas mismas, o también parecidas consecuencias.

Ahora, que sólo son consultables los sobreseimientos con carácter de definitivos y no los temporales, es algo que está categóricamente resuelto en los artículos 410 y 438, copiados precedentemente. En el 410, porque como término equivalente de "sobreseído" se colocó este: "absuelto". Y el único sobreseimiento que puede compararse a una absolución es el definitivo. Y en el 438, porque en un sobreseimiento temporal la investigación se reabre, es decir, debe continuar; no hay situación definida aún, en una palabra. Luego nada hay que consultar con el superior, porque el funcionario del conocimiento sigue actuando y no se ha desvinculado del régimen natural del proceso o, en otros términos, no ha llenado con respecto a él la totalidad de su misión.

Concluye la Sala así: son consultables los autos de sobreseimiento definitivo, mas no los de sobreseimiento temporal.

Por lo tanto, el Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del auto de cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, dictado por el Juez 3º Superior de Bogotá, auto en el que se sobreseyó temporalmente en favor de Indalecio Pulido o Arcadio Jiménez, usó de una función que no le había sido atribuída por la ley, ni podía deducirse que se le hubiera atribuído. Esto da lugar precisamente a nulidad del proceso, desde esa parte, nulidad que ha sido alegada por el recurrente al invocar la causal 4ª de casación, cuyo fundamento admite la Sala.

Se hace, por lo mismo, innecesario estudiar la otra causal alegada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, *declara nulo lo actuado* en el proceso contra Indalecio Pulido o Arcadio Jiménez, a partir del auto de veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, y dispone remitir el expediente, por conducto del Tribunal Superior de Bogotá, al Juez 3º Superior de esta ciudad, para que continúe la investigación reabierta y vuelva, en oportunidad, a calificar del mérito del sumario.

Póngase en libertad al sindicado Indalecio Pulido o Arcadio Jiménez, quien ha estado en detención por cuenta de este proceso dos años, dos meses y once días.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y cúmplase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Estamos de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia anterior como resultado de la no consultabilidad de los sobreseimientos temporales.

Nuestra discrepancia sólo se refiere a la tesis de que el sobreseimiento definitivo debe consultarse en todo caso.

Y no deja de ser cierto, indudablemente cierto, que el terreno en donde se sitúa hoy la minoría numérica de la Sala es más firme y más jurídico que el escogido por nuestros tres colegas.

Para nosotros no es consultable ningún sobreseimiento, a excepción del caso de que trata el artículo 430; Ley 94 de 1938.

Sobre el particular tiene la Corte copiosa jurisprudencia, a más de las que cita el fallo de mayoría, pero es inútil la enumeración pormenorizada de tan abundante doctrina, que se apoya en un principio inconcuso: que ni a la Corte Suprema, ni a los Tribunales Superiores de Justicia, ni a los Jueces de Circuito, les dio la ley el ejercicio del grado de jurisdicción llamado de consulta para conocer, por ese medio, de los autos que mencionan los artículos 435 a 438 de la referida Ley 94, mientras no suceda lo previsto en el artículo 430 idídem.

Si faltó en la ley el precepto que autorice el ejercicio de aquella función, suplirla valiéndose de relaciones de semejanza y de una interpretación extensiva es como sustituir al legislador y es olvidar que el artículo 57 de la Constitución prescribe:

"No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones *detalladas* (subrayamos) en ley o en reglamento".

Y ya se sabe el significado del verbo *detallar*.

Muy conscientemente ligada se encuentra la Corte, según repetidas providencias, a la elemental verdad de que las atribuciones del funcionario público necesitan absoluta precisión, exactitud, puntualidad. Al efecto, basta recordar que la Sala Penal de la Corte, en auto de 25 de agosto último, expresó:

"Cuestión esencial de orden público es lo que se relaciona con las leyes que fijan la competencia para ejercer la jurisdicción que corresponde a la soberanía del Estado, en cualquiera de los Organos del Poder, y de allí que toda función pública se derive de normas precisas que también tienen un preciso límite, traspasado el cual es abuso la atribución arrogada.

"En el ejercicio de la potestad jurisdiccional por excelencia, la administración de justicia, el principio de la limitación de atribuciones debe ser más rígido, por la naturaleza del Organo Judicial, hasta el extremo de que todas y cada una de sus facultades requiere intelección restrictiva que excluye las analogías".

Varios son los reparos fundamentales de que es susceptible la motivación de la sentencia de mayoría, como pasa a verse:

1º La mayoría supone que la Corte tiene una facultad o función, *no detallada en la ley*, al sostener que siempre está sujeto a consulta cualquier sobreseimiento definitivo;

2º Todo el discurrir de la mayoría únicamente tiende a propugnar la *conveniencia* de consultar tales autos. Para nuestros colegas debería ser de otro modo lo que es. Y para nosotros también, pero que se consiga ese fin por el medio constitucional, que es el legislador, sin caer en la grave falta de arrogarse quien administra justicia un derecho, poder o jurisdicción, sirviéndose de meras deducciones y de bien intencionados deseos;

3º Con el conjunto de razones de la mayoría para tratar de establecer que los sobreseimientos definitivos son consultables en todo caso, se llega directamente, si la lógica existe, a que asimismo hay que consultar los sobreseimientos temporales. Dentro del criterio de la mayoría de la Sala, ¿por qué diferenciar unas y otras providencias? Basándose la consultabilidad de las primeras en la idea primordial de que los Jueces (Municipales, de Circuito, Superiores) y los Tribunales de Distrito Judicial toman la determinación de sobreseer, "en ocasiones a la ligera y sin mayor estudio", igual riesgo se presenta respecto de las segundas. Y téngase en cuenta que el superior respectivo podría hacer definitivo un determinado sobreseimiento temporal, o revocarlo y dictar auto de proceder, o de ampliación del sumario, o la declaratoria de que le corresponde conocer del hecho a distinta autoridad, o la sentencia especial del artículo 153, no oponiéndose a cualquiera de esas posibles medidas la simple y por lo común innocua circunstancia de que al proferir sobreseimiento temporal se reabre la investigación. El auto se consultaría para que el superior tuviese la oportunidad de adoptar semejantes medidas, enmen-

dando yerros del inferior. ¿Por qué la mayoría de la Sala, respecto de los artículos 410 y 430, distingue entre sobreseimientos temporales y sobreseimientos definitivos? A la mayoría se le ocurre interrogar: "¿Qué papel desempeñaría en la Ley 84 de 1938 el artículo 410, si no estuviera establecida la consulta para los sobreseimientos definitivos?" Y a su vez la minoría pregunta: ¿Para qué el artículo 410, si no es consultable el sobreseimiento temporal? De suerte que al procesado respecto de quien se haya sobreseído temporalmente, ¿si es legal y jurídico mantenerlo "en situación provisional?" En suma, la argumentación íntegra de la mayoría rompe la unidad de su criterio y destruye la doctrina que quiso sentar, pues tal argumentación conduce a que también deben consultarse los sobreseimientos temporales; y

4º Quizás deliberadamente la mayoría omitió enseñar (y ello es de mucha gravedad) cuáles sobreseimientos definitivos son consultables. ¿Cualquiera que sea la sanción que el Código Penal consigne para el delito? ¿Una multa grande o pequeña o un arresto de pocos meses, por ejemplo? Eso sería absurdo. Más trascendental que un sobreseimiento definitivo es una sentencia, y sin embargo la sentencia no se consulta sino cuando "la infracción por que se proceda tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal, que exceda de un año" (artículo 189, Ley 94 de 1938). Persistirán, más profundas que siempre, la confusión y la disparidad de opiniones en los Juzgados y los Tribunales, y, entonces, ¿qué queda de la "función orientadora" que inaplazablemente debe ejercer "la más alta corporación judicial", "para que así desaparezcan esas diferencias que crean una situación anómala en la administración de justicia, como si los territorios de la República —en lo judicial— estuvieran bajo el imperio de distintas leyes"?

* * *

En calidad de reparos secundarios, la minoría expone lo silguiente:

a) Ningún método de interpretación cabe para entender las leyes de jurisdicción y competencia judicial. Por sí mismas están *vitalizadas,* pues el espíritu o el sentido verdadero de ellas surge de su tenor literal. Es un imposible jurídico hablar de *doctrina variable,* en "evolución gradual", sobre las normas que establecen atribuciones judiciales;

b) No ve la mayoría *razón admisible,* en lo tocante a la necesidad de la consulta, para que sea diferente un sobreseimiento definitivo de la sentencia contemplada en el artículo 153, Ley 94 de 1938. Pero ¿cómo se equiparan o igualan esos fallos si el último puede proferirse "en cualquier estado del proceso", ante el solo denuncio, con una mínima actuación investigativa, lo que naturalmente hace explicable y forzosa la consulta?;

c) Cuando la mayoría asevera que el Tribunal Superior de Bogotá "usó de una función que no le había sido atribuída por la ley, ni podía deducirse que se le hubiera atribuído", se pone de acuerdo, quebrando nuevamente la unidad de su criterio y de la doctrina que pretende implantar, con el pensamiento y la convicción de la minoría que salva su voto: la Corte, por esta decisión de la mayoría, ha usado de una función que la ley no le asigna *ni puede deducirse* que le asignó;

d) ¿Por qué para la Corte y los Jueces de Circuito (los Superiores y Municipales carecen de la condición de juzgadores de segunda instancia) no se estatuyó el conocer de las consultas que el ordinal 3º del artículo 44, Ley 94 de 1938, atribuyó a los Tribunales Superiores? La respuesta no puede ser que en la palabra "consultas" se incluyan los sobreseimientos definitivos, aparte de la consulta que manda el artículo 430 ibídem, pues de lo contrario sucede lo que impugna la minoría numérica de la Sala: arrogación de poder por deducciones injurídicas; y

e) La "característica más destacada" del Código de Procedimiento Penal no es su "propensión a abreviar". Infortunadamente es a la inversa, como podría demostrarse con el análisis de multitud de sus disposiciones y de su contenido general.

Campo Elías Aguirre, José Antonio Montalvo. Julio E. Argüello R., Secretario.

Concurso ideal o ficticio de infracciones y concurso material o real.

1.—Al referirse el artículo 31 de la Ley 95 de 1936 a la violación de varias disposiciones de la ley penal por un solo hecho, sólo está hablando de aquellas infracciones que no es posible separar porque, aun siendo varias, su pluralidad no es efectiva, sino ideal, o más propiamente, ficticia. En todos esos supuestos uno solo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, pero no por ello puede afirmarse que existan dos infracciones separadas. En cambio, en el caso de autos la pluralidad no es simplemente ideal sino efectiva, pues todas las infracciones (lesiones de derecho) tienen vida per se, porque con respecto a cada uno de los ofendidos se infringió la ley penal. El concurso es, por lo tanto, real o material y no formal o ficticio, por más que uno solo hubiera sido el hecho que produjo las consecuencias.

2.—Cada vez que la Corte se ve abocada a la necesidad de infirmar parcialmente una sentencia, tendrá que confrontar este problema: o desprenderse por completo del método usado por el Tribunal, si él incide demasiado en la dosimetría al indicar la cantidad de penas, o seguirlo, si el que vaya a reemplazarlo, dictado con un criterio más acorde con la tendencia que impera en las nuevas leyes penales, sobrepasa la sanción que fijó el fallo, sometido a un recurso extraordinario que, por lo mismo, no puede desmejorar la situación del recurrente. En otros términos, si toda invalidación convierte a la Corte en Tribunal de instancia, ella no deberá apartarse —en cuanto a lo meramente proporcional de la distribución, por empírica que sea— del plan a que se ciñó el sentenciador.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

Como a las seis de la mañana del doce de junio de mil novecientos treinta y nueve, Gilberto Uribe, chofer de profesión, conducía, en estado de embriaguez y a velocidad exagerada, un automóvil de servicio público, dentro del cual ocupaban asientos dos mujeres y dos hombres: aquéllas, Magdalena Patiño y Rosa Espinosa, y éstos, Gustavo Gómez y Gilberto Arroyave. Marchaba el vehículo por una carretera entre Pereira y Cartago, y al pasar por el sitio conocido con el nombre de "El Jardín" atropelló una bestia en la que cabalgaba el menor Lisímaco Vélez, quien fue derribado; el vehículo se volcó, lesionándose los ocupantes, a excepción del chofer Uribe. El menor Vélez también resultó herido: fractura completa del tercio inferior del muslo derecho, lo que lo incapacitó por treinta días, quedándole una consecuencia permanente no atribuíble a la naturaleza de la lesión y otra (cicatriz visible en la región frontal) de carácter transitorio. Las incapacidades de la Patiño, la Espinosa y Gómez no excedieron de diez días, y la de Gilberto Arroyave fue de treinta días con esta secuela: "Deformidad física, consistente en un afrontamiento defectuoso y definitivo de la clavícula derecha".

Por estos hechos fue llamado Gilberto Uribe a responder en juicio criminal, en auto de quince de noviembre de mil novecientos cuarenta, dictado en el Juzgado Penal del Circuito de Pereira, y luégo condenado en el mismo Juzgado (7 de junio de 1943) a la sanción principal de diez meses de arresto, sanción que fue reducida a siete meses y medio por el Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, contra la cual ha interpuesto recurso de casación el defensor del procesado, invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

No es clara y razonada la argumentación que le ofrece el representante de Gilberto Uribe a la Sala como tema de estudio. De las dos causales traídas al debate con el fin de conseguir la invalidación del fallo del Tribunal Superior de Pereira, solamente la primera tiene algún apoyo de consideración, que la Sala examinará con menor ligereza de la que se sirvió el autor de la demanda al plantearla en su escrito del doce de junio último. Y solamente la causal 1ª será materia de análisis, porque la 2ª viene seguida, como única compañía, de este raciocinio,

que la Sala se permite calificar de poco serio y que la Procuraduría se ha encargado de rebatir con fortuna:

"Está demostrado en autos que Gilberto Uribe corría en su carro, y sin móviles innobles, sino los muy altruístas de festejar a sus amigos y regalarlos como corresponde a un amigo leal y generoso. En determinado lugar del camino un niño se atravesó en una bestia que se encabritó al ruido del automóvil, y Uribe —aún a costa de su propia vida— viró el auto para salvar la vida del niño y su cabalgadura, y sufrió él las consecuencias, hiriendo a sus propios amigos por un nobilísimo fin, que la ley no pena, sino que plenamente justifica".

De ahí deduce el recurrente un estado de necesidad.

El Procurador Delegado en lo Penal replica:

"No se requiere mayor esfuerzo para rechazar eficazmente los términos del problema tal como lo plantea el demandante. El estado de necesidad es una causal de justificación positiva que la ley reconoce cuando concurren los requisitos que establece el ordinal 3º del artículo 25 del Código Penal. Tales requisitos son: la presencia inmediata de un peligro grave, ocasionado por una acción humana o por fuerza de otra índole; que ese peligro esté dirigido contra la persona; que tenga tales caracteres de inminencia, de modo que no pueda ser evitado de otra manera; que la situación no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional. Finalmente debe encontrarse proporción entre el acto o el suceso de que se trata y los medios utilizados para realizar el propósito defensivo.

"En el caso de autos, Uribe se colocó en situación indebida desde que salió de parranda con los pasajeros y aceptó los tragos que éstos le ofrecieron hasta el punto de embriagarse casi por completo. El peligro fue hasta cierto punto creado por el chofer, que imprudentemente siguió manejando el carro en estado de embriaguez, como lo acreditan, entre otras diligencias del informativo, las declaraciones de los compañeros de parranda.

"Ahora bien: el daño causado pudo ser indudablemente mayor que el que se quiso evitar desviando la dirección del vehículo en sentido contrario al que traía el niño que manejaba la cabalgadura. En ese caso se trataba de impedir la consumación de un atentado, pero para producir no la defensa de la propia vida sino un atentado mayor. La tesis, como se ve, no puede ser más inoperante.

"Además, debe tenerse en cuenta que el hecho de que Uribe es autor material, fue calificado como culposo, esto es, que fue producido por un descuido o por la imprudencia del chofer y no por haber tenido el propósito de producirlo. Tal calificación ha sido aceptada por el demandante, y alrededor de ella ha venido debatiendo la defensa varios puntos de vista. Hay, pues, una oposición fundamental entre el hecho culposo y el que se realiza por la necesidad de salvarse asimismo" (sic) "o salvar a otro de un peligro grave o inminente no evitable de otra manera. En el estado de necesidad hay intención de producir el daño. Lo que ocurre es que la ley no considera el acto como delictuoso. Lo justifica una vez que se ha cometido".

Causal 1ª—"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Antes de proceder al examen de esta causal, que el demandante funda en haberse estimado erradamente en el fallo que "hubo un concurso material de delitos" y en haberse tomado en cuenta en el mismo una sentencia anterior contra Gilberto Uribe para computarle reincidencia, lo que va contra el artículo 35 del Código Penal, conviene hacer mención del método que el sentenciador adoptó en la imposición de las penas. Fue el siguiente:

El Tribunal Superior de Pereira estableció como base el inciso 1º del artículo 373 del Código Penal, pues tomó como hecho más grave el que afectó al menor Lisímaco Vélez, y entonces procedió así: el mínimo de ese artículo (seis meses de prisión) lo elevó a nueve, por concurrir la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 2º del artículo 37 ibidem (haber sido condenado Gilberto Uribe por el Juez 1º del Circuito de Armenia, el 20 de noviembre de 1934, por heridas a Efraím Velásquez, hecho ocurrido el 26 de septiembre de 1932); a estos nueve meses les aumentó el máximo (tercera parte) correspondiente al artículo 31 del Código de las penas (concurso formal), y ya obtuvo la cantidad de doce meses; a estos doce meses les agregó otra tercera parte, por la reincidencia, sacada de la misma sentencia de que ya se habló, y al hacer la respectiva operación aritmética erró, pues totalizó quince meses en vez de diez y seis; y, finalmente, a los quince meses les quitó la mitad, por tratarse de delitos culposos (artículo 7º, Ley 164 de 1938), y a esta mitad (siete meses y medio), convertida la prisión en arresto, condenó a Gilberto Uribe.

El primer reparo (haberse estimado que hubo un concurso material) no es exacto, puesto que precisamente el Tribunal aplicó el artículo 31 del Código Penal, que trata del concurso formal.

El segundo (haberse computado una reincidencia) sí es verídico. Y son dos los desaciertos en que incurrió el Tribunal sentenciador en este

particular: uno, haberse servido de la misma circunstancia (la condena anterior) para agravar la sanción; y el otro, en haber contrariado el artículo 35 del Código Penal, que dice:

"Al aplicar la disposición de los incisos 1º y 2º del artículo anterior, no se tendrán en cuenta las contravenciones, los delitos culposos, los delitos contra la disciplina militar, los delitos políticos cometidos sin homicidio, incendio, saqueo o robo, el homicidio y las heridas cuando haya mediado provocación o haya habido exceso en la defensa o en el estado de necesidad, y los delitos cometidos por menores de diez y ocho años".

Luego si fueron culposos los delitos cometidos por Gilberto Uribe el doce de junio de mil novecientos treinta y nueve, era improcedente considerarlo como reincidente, por grave que fuera el delito realizado en el año de mil novecientos treinta y dos.

En esto se funda el señor Procurador Delegado en lo Penal para solicitar que se invalide el fallo y se condene a Gilberto Uribe a seis meses de arresto, conforme a la siguiente composición:

"Sanción del artículo 373, rebajada en la mitad y convertida en arresto, tres meses. Aumento de una tercera parte, por virtud del artículo 31 del Código Penal, un mes. Aumento por concurrir las circunstancias de mayor peligrosidad enumeradas en los ordinales 2 y 14 del artículo 37, dos meses. Total, seis meses de arresto".

La Procuraduría acepta, como se acaba de ver, que las infracciones de que es responsable Gilberto Uribe se consumaron en un concurso formal. Y es por cierto en este punto en donde hay una equivocación que la Sala no puede consentir que quede sin la correspondiente glosa, aun cuando la corrección de ella no conduzca a la modificación de la pena impuesta.

Al referirse el artículo 31 de la Ley 95 de 1936 a la violación de varias disposiciones de la ley penal por un solo hecho, sólo está hablando de aquellas infracciones que no es posible separar porque, aun siendo varias, su pluralidad no es efectiva sino ideal, o, más propiamente, ficticia. En todos esos supuestos uno solo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, pero no por ello puede afirmarse que existan dos infracciones separadas. En cambio, en el caso que se examina, la pluralidad de lesiones no es simplemente ideal sino efectiva, pues todas las infracciones (lesiones de derecho) tienen vida *per-se,* porque con respecto a cada uno de los ofendidos se infringió la ley penal. El concurso es, por lo tanto, real o material y no formal o ficticio, por más que uno solo hubiera sido el hecho que produjo las consecuencias.

Pero es claro que la Sala no podrá desmejorar la situación del reo porque se haya aplicado indebidamente una disposición penal, si ella es más favorable que la que cabe tener en cuenta.

Al invalidar el fallo la Sala tendría, de consiguiente, que adoptar el mismo sistema empleado en la sentencia recurrida.

Cada vez que la Corte se ve abocada a la necesidad de infirmar parcialmente una sentencia, tendrá que confrontar este problema: o desprenderse por completo del método usado por el Tribunal, si él incide demasiado en la dosimetría al indicar la cantidad de penas, o seguirlo, si el que vaya a reemplazarlo, dictado con un criterio más acorde con la tendencia que impera en las nuevas leyes penales, sobrepasa la sanción que fijó el fallo, sometido a un recurso extraordinario que, por lo mismo, no puede desmejorar la situación del recurrente. En otros términos, si toda invalidación convierte a la Corte en Tribunal de instancia, ella no deberá apartarse —en cuanto a lo meramente proporcional de la distribución, por empírica que sea— del plan a que se ciñó el sentenciador. Y, por lo tanto, en el caso que se tiene al estudio, obraría de la siguiente manera: por las lesiones a Lisímaco Vélez, delito agravado por concurrir la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 2º del artículo 37 del Código Penal, impondría nueve meses de prisión, como se hizo en el fallo; a estos nueve meses se aumentaría otro tanto (en el fallo se aumentó el máximo) por tratarse de un concurso material, y se tendrían entonces diez y ocho meses; a estos diez y ocho meses se les quitaría la mitad (proporción de que se valió el sentenciador), y se convertiría la prisión en arresto, todo ello por tratarse de delitos culposos, y entonces resultarían nueve meses de arresto.

Como acaba de verse, se habría obtenido un total superior a la pena impuesta. Y esto, ajustándose al procedimiento empleado por el Tribunal, y perdiendo de vista que se partió de una base errada, porque el hecho más grave no fue el que afectó a Lisímaco Vélez, sino a Gilberto Arroyave, lo que obligaría a hacer el cómputo con relación al inciso 2º del artículo 373, que fija un mínimo de un año de prisión en vez de seis meses.

Un cálculo más adecuado a la naturaleza y modalidades de los hechos delictuosos y a las circunstancias en que ellos se cumplieron, o sea, hallándose ebrio el conductor del vehículo, sabiendo él mismo que el automóvil tenía un defecto que dificultaba la acción de los frenos,

y haberse lanzado, sin embargo, a una velocidad temeraria, hubiera sido el siguiente: lesiones agravadas por las circunstancias de mayor peligrosidad de que tratan los numerales 2º y 14 del artículo 37 del Código Penal: dos años de prisión (inciso 2º, artículo 373); aumento de un año por el concurso material; tres años (artículo 33 del Código Penal); por ser culposo el delito, disminución de las tres quintas partes, puesto que no podría ser esa disminución del máximo ni del mínimo, y se tendrían entonces veintiocho meses más veinticuatro días, o sean dos años cuatro meses y veinticuatro días.

Habrá, pues, que concluír diciendo que no es invalidable el fallo, no obstante haberse aplicado indebidamente la ley penal. Porque si por una parte el error (cómputo de la reincidencia) perjudicó al procesado, por la otra (haberse considerado el concurso como formal) lo favorece.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no invalida* el fallo de diez y seis de febrero de este año, del Tribunal Superior de Pereira, en el que se condenó a Gilberto Uribe por lesiones personales culposas a la sanción principal de siete meses y medio de arresto.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Apreciación de la prueba de la responsabilidad en juicios por Jurado.—Naturaleza jurídica del dictamen pericial sobre una autopsia.

En los juicios por Jurado la apreciación de la prueba de la responsabilidad, ya sea testimonial o de otro orden, les corresponde a los Jueces de conciencia quienes, como es obvio, no aplican reglas generales o especiales imperantes en la crítica jurídica. Ellos no estiman los elementos del proceso siguiendo determinado método, ni el convencimiento que en uno u otro sentido se formen puede ser objeto de explicación, ni ésta pedírselos.

La exposición de los médicos legistas acerca de los resultados de una autopsia es una diligencia de carácter pericial ciertamente, porque es practicada por peritos médicos; pero la misión de ellos no es otra —en tal ocurrencia— que la de dar fe, en vista de las lesiones, o de las señales, o del estado de las vísceras y sus residuos, según el caso, de la causa de la muerte del sujeto examinado. Es una prueba pericial sui generis a la que, estrictamente, no le son aplicables los mandatos legales que cita el recurrente. Además, como no es ella una diligencia secreta o reservada, en cualquier momento existe la posibilidad de que sea impugnada, demostrándose, por ejemplo, que el individuo no murió a consecuencia de estas o de aquellas heridas, sino de un ataque cardíaco o por otro fenómeno patológico no provocado por el infractor.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

El trece de febrero de mil novecientos treinta y nueve, como a las tres de la tarde, fue herido gravemente José Antonio Cuasapaz por Nectario Pinchao. Este hecho ocurrió en el sitio de "Paramillo", Corregimiento de San Juan, Municipio de Ipiales, Departamento de Nariño, en momentos en que el lesionado, quien falleció veinticuatro horas despusé de la agresión con arma cortante y punzante, se hallaba "tomando el sol", según sus propias expresiones, y no esperaba ser acometido por Pinchao, quien apenas lo conocía y acababa de salir de una chichería o fonda vecina.

Por tal delito (homicidio) fue llamado Nectario Pinchao a responder en juicio criminal, que adelantó el Juez 1º Superior de Pasto, quien, en la audiencia pública del veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, presentó a la consideración del Jurado la siguiente única cuestión:

"¿Os halláis' plenamente convencidos de que Nectario Pinchao ha realizado el siguiente hecho: haber dado muerte, con el propósito de matar a José Antonio Cuasapaz, por medio de varias heridas causadas con arma cortante —como una navaja— en varias partes del cuerpo y especialmente con las causadas en el pulmón izquierdo, en su base, la perforación intestinal de varias azas' (sic) 'intestinales y por las heridas de varios vasos sanguíneos de grueso calibre de la cabidad' (sic) 'abdominal, que produjo la gran hemorragia de las cavidades toraco-abdominales consiguientes, hecho éste ocurrido el día lunes 13 de febrero de 1939, a las tres de la tarde en el punto llamado 'Paramillo', del Corregimiento de San Juan, Municipio de Ipiales?"

En el acta de audiencia, que aparece firmada por el funcionario que la presidió, los cinco Jueces de hecho, el procesado, su defensor y el Secretario, figura como única prueba del resultado de la votación —pues es de advertir que no se agregaron al expediente las papeletas individuales con las contestaciones respectivas de los miembros del Jurado— la siguiente constancia:

"Acto seguido el señor Juez ordenó se cerraran las puertas y se distribuyeran las copias del cuestionario a los Jueces de hecho. Sentados los Jueces de hecho en sus respectivos puestos con asistencia del señor Juez, Fiscal y defensor, les volvió a recalcar sobre la importancia del jura-

mento, y que para emitir su veredicto, no podían ni debían consultarse entre sí y que la contestación debía ser lacónica; es decir, sí u nó" (sic) "sin aditamentos de ninguna naturaleza. Una vez que los Jurados entregaron las distintas copias al señor Juez, se procedió a hacer el escrutinio, cuyo resultado se consignó en la copia respectiva. Hecho esto se ordenó abrir las puertas; y el señor Juez de pie y en alta voz leyó el veredicto dado por el Jurado de conciencia, el que resultó ser afirmativo a la serie única del cuestionario...."

El anterior veredicto fue aceptado por el Juez 1º Superior de Pasto, en el fallo de veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el que le impuso al procesado la sanción principal de diez años de presidio, atendiendo a la concurrencia de circunstancias de mayor y de menor peligrosidad.

Este fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de Pasto el cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, y contra él interpuso recurso de casación el ya mencionado Pinchao.

Las causales invocadas por el recurrente son la 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Presenta como razones para fundar la causal 2ª, las siguientes:

"En mi asunto, el Tribunal acogió como prueba idónea, por error a interpretación de los hechos o apreciación de los mismos, atribuyéndoles valor probatorio que no tienen, como son los que relata Ascensión Taquez, Rosa Taquez, Juan Avelino Taquez, José María Taquez, Víctor Taquez, pues se halla demasiado comprobado el hecho de que todos estos testigos son de la familia de Ascensión Taquez, por ser Rosa Taquez la amiga muy querida del occiso Antonio Cuasapaz.

"Por lo tanto, en habiendo el Tribunal acogido dichos testimonios no de manera razonada, ni teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, en su fallo que dictó, violó directamente el artículo 203 de la Ley 94 de 1838" (sic) "y de manera indirecta el numeral 2º del artículo 567 de la misma Ley.

"En este evento, que es el real del proceso, no se podría dictar en mi contra sentencia condenatoria, por no existir la prueba plena o completa de la infracción y de que yo fuera el responsable de ella".

Las que aduce con relación a la 4ª causal son de este tenor:

"En el proceso a que me refiero consta que ni siquiera se puso en conocimiento de las partes el concepto peridial, para hacer uso del derecho que confiere la ley procedimental, bien para objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, o para pedir la explicación, la ampliación o la claridad debida, cuyo derecho otorgan los artículos 267 y 266 de la Ley 94 citada.

"De acuerdo con el artículo 1º de esta Ley, 'no se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por el Juez competente'.

"En el asunto en cuestión, el Tribunal dictó la sentencia, constando como consta en el proceso la pretermisión de las formalidades que anoto, prescritas también en el artículo 22 de la Constitución Nacional vigente. Luego, pues, la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental, disposiciones citadas, por haberse dictado en el juicio que se halla viciado de nulidad...."

Dice el señor Procurador Delegado en lo Penal que no está probada ninguna de las dos causales y que los argumentos de la demanda son totalmente inoperantes para conseguir uno u otro de los fines pretendidos, bien sea la absolución del procesado, o bien la declaración de nulidad de los testigos que sostienen el cargo que pesa sobre Nectario Pinchao, ni la informalidad consistente en haber omitido el Juez la orden para que se pusiera en conocimiento de las partes el "dictamen de los médicos legistas que practicaron la autopsia", comporta la invalidez del proceso.

Causal 2ª—En los juicios por Jurado la apreciación de la prueba de la responsabilidad, ya sea testimonial o de otro orden, les corresponde a los Jueces de conciencia, quienes, como es obvio, no aplican reglas generales o especiales imperantes en la crítica jurídica. Ellos no estiman los elementos del proceso siguiendo determinado método, ni el convencimiento que en uno u otro sentido se formen puede ser objeto de explicación, ni ésta pedírseles. Por eso no es conducente entrar en el estudio de la prueba que sirvió para el pronunciamiento del veredicto.

Pero sí es oportuno advertir que Nectario Pinchao trató, sin lograrlo, de tachar de parcialidad los testimonios de Rosa y de Ascensión Taquez, y que el interés de éstas en faltar a la verdad no aparece ni siquiera vagamente establecido.

Causal 4ª—La exposición de los médicos legistas acerca de los resultados de una autopsia es una diligencia de carácter pericial ciertamente, porque es practicada por peritos médicos; pero la misión de ellos no es otra —en tal ocurrencia— que la de dar fe, en vista de las lesiones, o de las señales, o del estado de las

visceras y sus residuos, según el caso, de la causa de la muerte del sujeto examinado. Es una prueba pericial *sui géneris*, a la que, estrictamente, no le son aplicables los mandatos legales que cita el recurrente. Además, como no es ella una diligencia secreta o reservada, en cualquier momento existe la posibilidad de que sea impugnada, demostrándose, por ejemplo, que el individuo no murió a consecuencia de estas o de aquellas heridas, sino de un ataque cardíaco o por otro fenómeno patológico no provocado por el infractor.

No están, pues, fundadas las causales a que se acogió Nectario Pinchao en sus escritos de 3 de octubre de 1942 y 3 de febrero de 1943.

Pero si quiere la Sala dejar constancia de dos irregularidades muy notorias e inexcusables en que incurrió el Juez del conocimiento, y en relación con las cuales guardó silencio inexplicable el Tribunal Superior de Pasto.

Es la primera haberse propuesto una sola pregunta al Jurado: La gravedad de semejante procedimiento no es preciso destacarla. Basta observar que reunidos en una sola cuestión tanto lo correspondiente al hecho delictuoso, como lo referente a la responsabilidad, el Jurado, que no debía agregar a la afirmación o a la negación ninguna palabra aclaratoria, quedaba en el compromiso de aceptar conjuntamente uno y otra o negarlos asimismo. Y si admitía el hecho pero no la responsabilidad, concretada en este caso en el propósito de dar muerte, ¿cómo expresarlo, si carecía de libertad para adicionar la lacónica respuesta del *Sí* o del *Nó*?

Sin embargo, como a la Corte no le es permitido tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes (artículo 568 del Código de Procedimiento Penal), se excusa ella de entrar en el examen correspondiente para deducir si tal irregularidad daría o no lugar a la invalidación del fallo o a reponer la actuación.

Consiste el otro desacierto en no haber agregado al expediente los pliegos en que cada uno de los miembros del Jurado consignó su voto. Por más que no haya motivos para dudar de que hubo escrutinio, pues así se asegura en el acta de audiencia, que está firmada por todos los que en ella intervinieron, la constancia de ese escrutinio debe quedar siempre en el proceso. ¿Cómo, si no, sabrá el superior si fue deficiente o equivocada la cuenta, verbigracia? Si la votación es secreta, el escrutinio es un acto público y la prueba de su resultado no tiene por qué volverse misteriosa. Ella, como todas las demás, debe quedar en el cuaderno o cuadernos que dan cuenta del juicio penal.

Mas tampoco por esta anomalía es nulo el proceso, ni acerca de ella argumentó el recurrente en casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, *no invalida* el fallo de cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, del Tribunal Superior de Pasto, en el que se le impuso a Nectario Pinchao la sanción principal de diez años de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Manuel José Salazar, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.*, Secretario.

Abuso de autoridad.

Tanto por omitir, como por rehusar, como por retardar lo que es de su incumbencia, un funcionario se hace responsable. No es lo mismo omitir (dejar de hacer una cosa) y retardar (diferir), que rehusar (no querer hacer una cosa). El funcionario que retarda u omite despachar los asuntos a su cargo es un empleado moroso; y si rehusa, será un empleado inconveniente. Pero en uno o en otro caso está faltando al cumplimiento de un deber, aunque con diverso procedimiento, pues en la omisión o en el retardo influye la falta de diligencia o de actividad; y en el rehusar concurre la obstinación o la rebeldía. Pero la consecuencia es igual. Por eso dispone la ley para cualquiera de esos casos una misma sanción.

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

En memorial de veinticuatro de noviembre del año próximo pasado pide el doctor Jorge Rivera Cabal reposición del auto de esta Sala, de fecha veintisiete de julio del mismo año, por medio del cual se le llamó a responder en juicio criminal "por alguno de los delitos de que trata el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal".

Tramitada legalmente la solicitud, es llegado el momento de decidir lo que fuere conforme con el derecho, y a ello se procede.

Consiste el cargo formulado al doctor Rivera Cabal en haber —en el año de 1940, cuando desempeñaba el cargo de Juez Civil del Circuito de Buga— rehuido actuar en tres asuntos que cursaban en el Juzgado. Estos tres asuntos eran: 1º El de "sucesión de la señora Dominga Rengifo v. de Correa"; 2º El de "división material de un inmueble", en el cual figuraban como opositores los señores Luis Felipe Campo, Leonardo Correa y Nelson Cruz, y 3º El de "sucesión de Daniel Ayalde Pino".

El señor Juez, doctor Rivera Cabal, se negó a continuar la tramitación de esos juicios, fundándose en hallarse impedido, así: en el 1º, por enemistad grave o por uno de los interesados (doctor Mario Correa Rengifo) y por ser este mismo interesado deudor del doctor Daniel Rivera Sanclemente, padre del Juez; en el 2º, por enemistad grave con uno de los opositores (Leonardo Correa Rengifo), y en el 3º, también por enemistad con el doctor Cayetano Rengifo Illera, curador *ad litem* del menor impúber Miguel Santiago Ayalde Tascón.

Todos esos impedimentos fueron allanados oportunamente por quienes debían hacerlo. No obstante, el señor Juez se mantuvo firme en su determinación, alegando como último motivo para ello el haber presentado denuncio criminal por abuso de confianza contra el doctor Cayetano Rengifo Illera, apoderado, además, en el juicio de sucesión de Dominga Rengifo v. de Correa.

Dice el peticionario que si se abstuvo de conocer en el juicio de sucesión de la señora Dominga Rengifo v. de Corera, fue porque el representante del Estado en estos juicios, que lo es el Recaudador del Impuesto de Sucesiones, guardó silencio, es decir, no allanó el impedimento. Y que si se abstuvo de decidir acerca de la solicitud de levantamiento del secuestro del inmueble —en el juicio de división material—, fue porque no había necesidad de que así expresamente lo dijera él como Juez, desde luégo que conforme al artículo 882 del Código Judicial "tales secuestros se levantan por ministerio de la ley, si dentro de los cinco días siguientes el demandante no promueve el correspondiente juicio posesorio u ordinario".

Finalmente, el doctor Rivera Cabal quiere que esta corporación repare en la fecha en que él denunció al doctor Cayetano Rengifo Illera por el delito de abuso de confianza. Y termina haciendo hincapié en la ausencia de dolo de su parte y en el recargo del Juzgado que él servía.

Se considera:

Ignora la Corte qué se propuso el doctor Rivera Cabal al exigirle que detuviera su atención en la fecha del denuncio contra el doctor Rengifo Illera. Porque esa data (doce de julio de mil novecientos cuarenta) si alguna significación tuviera, no sería, precisamente, favorable a quien en su beneficio la invoca. Querría decir,

a lo más, que el doctor Rivera Cabal había aprovechado una oportunidad —no bien hallada, por cierto— para justificar su renuencia a ocuparse en el despacho de asuntos que visiblemente le fastidiaban. Deducción que obedece a lo siguiente: a) Que la manifestación de los impedimentos y sus allanamientos fueron anteriores al denuncio; y b) Que se prestaba a suponer un afán obstaculizador el haber escogido un momento tan poco recomendable para llevar al conocimiento de las autoridades un hecho de no inmediata ocurrencia como era el denuncio contra el doctor Cayetano Rengifo Illera.

No cree la Sala que un impedimento —cuestión entre dos— deba ser allanado por quien es ajeno al motivo que lo provoca, es decir, por un tercero. Pero si la doctrina o la jurisprudencia así lo tuvieren establecido, hay que recordar que el haberse abstenido el Recaudador del Impuesto de Sucesiones de allanar el impedimento, no fue la causa que movió al Juez para rehusar la prosecución del juicio, como se ve por el telegrama que el doctor Rivera Cabal dirigió a la Procuraduría General de la Nación el 3 de julio de 1940, y que dice así:

".....Después publicación hecha por Mario Correa Rengifo en *Diario Pacífico* Cali, censurándome no haber declarado impedimento por desavenencias familiares en asunto que él tenía interés personal, no puede ni podrá suscrito Juez conocer asuntos interesen dicho señor, a pesar allanamiento manifestado su apoderado Rengifo Illera. Dignidad personal, acuerdo delicadeza cargo ejerzo, está por encima de toda consideración. Quédale Correa Rengifo amplia facultad gestionar su negocio judicial ante Juez suplente o Juez *ad hoc* designe Tribunal...."

Tampoco es aceptable que la solicitud de levantamiento del secuestro del inmueble (juicio de división material) quedara sin providencia alguna, por el argumento de que conforme al artículo 882 del Código Judicial "tales secuestros se levantan por ministerio de la ley". Nó; quien en calidad de parte pide al Juez que se haga esta o aquella declaración, tiene el derecho de esperar una respuesta, y el Juez el deber de darla en un auto o sentencia, aun cuando sea para expresar que el reclamo es improcedente, porque se refiere a algo que sin necesidad de gestión ocurrirá forzosamente.

Tanto por omitir, como por rehusar, como por retardar lo que es de su incumbencia, un funcionario se hace responsable. No es lo mismo omitir (dejar de hacer una cosa) y retardar (diferir), que rehusar (no querer hacer una cosa). El funcionario que retarda u omite despachar los asuntos a su cargo es un empleado moroso; y si rehusa, será un empleado inconveniente. Pero en uno o en otro caso está faltando al cumplimiento de un deber, aunque con diverso procedimiento, pues en la omisión o en el retardo influye la falta de diligencia o de actividad; y en el rehusar concurre la obstinación o la rebeldía. Pero la consecuencia es igual. Por eso la ley dispone para cualquiera de esos casos una misma sanción.

De manera que la circunstancia de que el Juzgado del doctor Rivera Cabal estuviera recargado de expedientes no es excusa válida, porque a él no se le ha imputado morosidad que fuera de algún modo disculpable, sino ausencia de voluntad, negativa, ostensible a tramitar o adelantar unos juicios por causas o motivos que si presentes al principio desaparecieron luégo, sin que él hubiera modificado su conducta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no accede* a reponer su auto de veintisiete de julio del año próximo pasado, en el cual se abrió causa criminal al doctor Jorge Rivera Cabal "por alguno de los delitos de que trata el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal".

Cópiese, notifíquese y remítase el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, Carlos Arturo Díaz, Conjuez. *Eduardo Piñeros y Piñeros,* Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Qué debe entenderse por "insensibilidad moral". El resarcimiento del daño.

1.—Fuera de que la ley penal no habla a secas de insensibilidad, sino de "insensibilidad moral", lo que bien puede traducirse por "dureza de corazón", esa insensibilidad tiene que revelarse en la comisión del delito, por medio de actos o de manifestaciones inequívocas. Pero en el supuesto de que una determinada actitud posterior del delincuente pudiera interpretarse como demostrativa de embotamiento de la conciencia o de ausencia de esos sentimientos propios del sér humano, aun en momentos de excitación o de esa especie de locura breve a que conduce la ira, resultaría muy forzado, demasiado violento, deducirla de una frase tan anodina como la que se dice que salió de labios del acusado: "Maté a un vergajo". Se estaría tomando entonces como indicadora de insensibilidad una palabra, un denuesto del victimario, pronunciado en un momento de exacerbación, como a manera de defensa intuitiva o de desahogo. Es que además el mismo estado espiritual de quien acaba de ejecutar una acción extraña a su habitual proceder y tan tremenda como es la de suprimir la vida de otro, lo coloca en una situación anormal o fuera de lo corriente. Y es muy posible que haga disparates, vocifere como un desequilibrado, sin que ni lo uno ni lo otro sirvan de índices para tenerlo como insensible o duro de corazón.

2.—El resarcimiento del daño es una sanción reparadora que coadyuva las medidas de defensa social contra el delito, lo mismo que las preventivas y las represivas y todas ellas son de interés público. No debe olvidarse, además, que los protagonistas del juicio penal no son solamente dos (el procesado y la sociedad), sino tres, puesto que aparte del delincuente y el Estado, la justicia primitiva debe también tutelar al ofendido. De manera que por el hecho de que la víctima o quien legítimamente la represente no se haya constituído parte en el juicio, o porque el Agente del Ministerio Público haya olvidado el cumplimiento de su misión, no hay que concluír que el Juez debe igualmente descuidar la suya, omitiendo en la sentencia una declaración de tánta importancia, como es la de condenar al resarcimiento de los daños, cuando consta que se han causado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre diez de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

El procesado Francisco Bonilla Pineda ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, del Tribunal Superior de Bogotá, en la que se reformó la de veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, del Juzgado 3º Superior de la misma ciudad, en el sentido de elevar a diez años de presidio la sanción principal que el inferior había fijado en ocho, confirmando en todo lo demás la de primera instancia, que impone al infractor Bonilla la obligación de pagar la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000) a los herederos de la víctima, según avalúo pericial de los perjuicios materiales y morales.

Por los autos llegados a la Corte, se sabe:

1º Que Francisco Bonilla Pineda le dio muerte a José Ballén, con un revólver, uno de cuyos proyectiles (y fueron tres los disparados) le penetró en la región frontal media, un poco arriba de la interciliar, el cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta, en Susa (Cundinamarca), como a las nueve de la noche;

2º Que por este delito fue llamado Francisco Bonilla Pineda a responder en juicio criminal, en auto de proceder de tres de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el Juzgado 3º Superior de Bogotá, auto que no fue apelado;

3º Que Francisco Bonilla Pineda compareció por primera vez a audiencia pública el quince de julio de ese año, en la cual los Jueces de conciencia dieron veredicto que el señor Juez (auto de veinticuatro de junio) declaró contrario a la evidencia de los hechos, decisión que al ser

consultada con el respectivo Tribunal resultó acogida (auto de veintisiete de agosto);

4º Que el diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno se reunió un nuevo Jurado, al que se le sometieron las mismas preguntas que se le habían hecho al anterior, obteniéndose el veredicto definitivo, en desarrollo del cual se pronunció la sentencia de que ya se habló;

5º Que el cuestionario propuesto fue el siguiente:

"Cuestión primera: ¿Os halláis plenamente convencidos de que Francisco Bonilla Pineda ha realizado los siguientes hechos: como a las nueve de la noche del cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta, en la población de Susa, con proyectil de arma de fuego de pequeño calibre (revólver), causó heridas a José Ballén, una de las cuales le produjo a éste la muerte pocas horas después de ser herido?"

"Cuestión segunda: ¿El hecho por que se os ha preguntado lo perpetró el acusado con el propósito de matar?"

"Cuestión tercera: ¿El hecho cuestionado lo ejecutó el acusado en la necesidad de defenderse de una violencia actual e injusta contra su persona, siendo su defensa proporcionada a la violencia sufrida?"

"Cuestión cuarta: ¿O si habiéndolo ejecutado en la necesidad de defenderse de una violencia actual e injusta contra su persona, su defensa no fue proporcionada, sino que se excedió en ella de los límites que la necesidad le imponía?"

"Cuestión quinta: ¿O el acusado perpetró el hecho en estado de ira, causado por grave e injusta provocación?"

6º Que el escrutinio dio este resultado: afirmativas las respuestas concernientes a la primera y segunda pregunta, y negativas las referentes a las demás. O sea que los Jueces consideraron que Francisco Bonilla Pineda le había dado muerte a José Ballén proponiéndoselo, sin justificación completa o incompleta, ni movido por ofensas o agresiones graves de parte de éste.

Ha sustentado el recurso ante la Corte el doctor Manuel José Salazar, quien invoca las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las que él presenta en el siguiente orden: 2ª 3ª y 1ª.

Causal segunda.—El diestro jurisconsulto que asiste en este recurso extraordinario al procesado Francisco Bonilla Pineda diserta extensamente con relación a los fundamentos del auto que declaró contrario a la evidencia de los hechos el primer veredicto, en el que se había afirmado la primera cuestión (hecho material), negado la segunda (propósito) y afirmado la cuarta y la quinta (exceso en la defensa y reacción por ira); respuestas que él cree atinadas porque el procesado desde el principio sostuvo con firmeza que Ballén lo había agredido (sin causarle daño, anota la Corte) con una vara y le había lanzado una expresión injuriosa, sin motivo. Y agrega a este respecto que el testimonio del único testigo presencial (Sebastián Guzmán), que dice no haber advertido la agresión de Ballén, ni menos que éste pronunciara palabras ofensivas dirigidas a Bonilla, es muy poco afirmativo y de muy escaso valor, para concluír que porque tal testigo no dio cuenta de palabras o de obras no existieron las circunstancias modificadoras que el Jurado reconoció.

Acerca de la negativa dada a la segunda cuestión, que fue el motivo para que el Juez —y luégo el Tribunal— declararan contrario a la evidencia de los hechos el veredicto, razona así:

"Ni hay contradicción alguna, como lo expresa el honorable Tribunal, entre las distintas respuestas del Jurado, porque no es incompatible el ejercicio de la defensa, perfecta o imperfecta, con la ausencia del propósito de matar. Una persona puede defenderse y no tener ese propósito. La intención de matar no es condición necesaria de la legítima defensa ni en el campo jurídico ni en la naturaleza del hombre. Tampoco es incompatible la legítima defensa con el estado de ira, como es obvio...."

Como corolario de su argumentación, tendiente a dar por demostrada la segunda causal, expone:

"Al rechazar un veredicto perfectamente válido, legal y jurídicamente, e impedir por consiguiente que los hechos en él expresados y desprendidos de la interpretación recta y legal de las pruebas de que se dispone en el juicio, tengan el valor que debían tener en la sentencia definitiva para determinar el fallo, resulta que a este fallo no se ha podido llegar sino por medio de los errores de interpretación de los hechos que influyen en la responsabilidad, y que por este motivo queda justificada la acusación de la sentencia por la causal segunda de las señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal".

Causal tercera.—La apoya en que la sentencia no está en consonancia con el veredicto del Jurado, estimando como tal el primero y no el segundo.

Causal primera.—Para fundarla critica el fallo de segunda instancia, en el que se le dio carácter de circunstancias de mayor peligrosidad a las siguientes: haber sido sorpresivo el aco-

metimiento de Bonilla; haber éste demostrado insensibilidad al pronunciar la expresión "maté a un vergajo", y haber recurrido a testigos falsos para tratar de probar que Ballén no lo injurió y atacó previamente.

Niega el recurrente, concediendo que el Tribunal entendiera el ataque sorpresivo —no incluído en la especificación del artículo 37 del Código Penal— como una de las circunstancias comprendidas en condiciones de inferioridad e indefensión; se opone a que se estime como reveladora de insensibilidad la expresión "maté a un vergajo"; y rechaza el cargo de que Bonilla hubiera buscado testigos falsos.

En relación con uno de estos tópicos dice la demanda:

"En primer lugar, debo repetir que de acuerdo con el sistema de nuestro Código no es lícito imputar al procesado circunstancias de mayor peligrosidad que no estén expresamente catalogadas en la ley. Y en el artículo 37 del Código Penal, que reglamenta esta materia, solamente se habla, en el numeral sexto, no de una simple insensibilidad moral, sino de una *mayor* insensibilidad, pero demostrada en la ejecución o el *modo* de la ejecución del delito mismo, ya por el *tiempo*, el *lugar*, los *instrumentos* o el *modo* de la ejecución del delito. Ninguna de estas modalidades señaladas en la ley como constitutivas de la circunstancia agravante de mayor insensibilidad moral armoniza con el hecho a que el Tribunal se refiere. Es verdad que hay una declaración en el expediente, una sola, y es la de Ignacio Ballesteros...., que dice que Francisco Bonilla le contó, la misma noche del suceso, pero con posterioridad a él lo que había ocurrido, y le oyó decir la frase 'maté a un vergajo'. Suponiendo que el hecho estuviese plenamente probado, con esta declaración, resulta que se trata simplemente de haber dicho una palabra algún tiempo después de que el hecho estaba consumado. Y como la circunstancia prevista por la ley penal debe consistir en hechos pertenecientes a la misma ejecución del delito, para demostrar esta mayor insensibilidad moral, resulta que carece en absoluto la imputación que le hace el Tribunal a Bonilla en la sentencia, del elemento legal...."

Y finaliza diciendo:

"Resulta de todos los hechos y comprobaciones que dejo aducidos que en la causa de Francisco Bonilla no aparecen por parte alguna circunstancias de mayor peligrosidad, y si concurren varias circunstancias de menor peligrosidad. No había, pues, razón alguna, de hecho ni de derecho, para que el Tribunal declarara la existencia de esas circunstancias que agravan la responsabilidad, y aumentara la pena para el acusado.... El Tribunal en la sentencia por este aspecto violó la ley penal, y por esta razón acuso el fallo por infracción de los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 del Código Penal".

El Procurador Delegado en lo Penal replica:

A los argumentos de la causal 2ª: "El inteligente penalista que redactó la demanda presenta un argumento que podríamos resumir así: incurrió en un error el Tribunal al confirmar la providencia del Juez que declaró notoriamente injusto el primer veredicto, pues éste no iba contra la evidencia de los hechos; luego la sentencia recurrida se apoya en una base equivocada, y por tanto debe prosperar la causal segunda de casación.

"Al respecto, observa la Procuraduría que la cuestión así planteada implica un ataque a la decisión del Tribunal sobre la injusticia del primer Jurado, pero no un cargo directo a la sentencia condenatoria materia de recurso de casación.... Y, por último, puesto que se está en presencia de un segundo veredicto, es preciso acatar lo dispuesto por el artículo 537, que ordena que la decisión de un segundo Jurado es definitiva. En fuerza de estas breves consideraciones estima este Despacho que no tiene fundamento la causal segunda".

A los de la causal 3ª: "Como fácilmente se comprende, el argumento es inválido porque el fallador debía ajustar su sentencia a lo decidido por el segundo Jurado y no a lo resuelto por el primero, porque la decisión de éste fue cancelada legalmente por el Juez y el Tribunal al declarar su injusticia. Precisamente en virtud de esa declaratoria, que no fue reclamada ni por el procesado ni por la defensa, se surtieron nuevas audiencias".

Y a los de la 1ª: "Tiene razón el doctor Salazar cuando sostiene que la frase vulgar que se dice fue pronunciada por el procesado cuando llegó a la casa de Ballesteros, no tiene por qué considerarse como circunstancia de mayor peligrosidad, porque el expresar con un vocablo grueso que había matado a un hombre no demuestra, como lo pretende el Tribunal, 'una mayor insensibilidad moral en el delincuente', según frase empleada en su parte final por el ordinal 6º del artículo 37 del Código Penal.

"Igualmente está en lo cierto el señor apoderado del reo cuando asevera que el hecho de sobornar testigos no debe computarse como circunstancia de mayor peligrosidad, porque semejante acción constituye un delito *per se*, ejecutado con posterioridad a la consumación del homicidio.

"Queda, finalmente, por examinar si la primera circunstancia contabilizada, o sea la de

haber realizado el ataque Bonilla de manera sorpresiva, estuvo o nó bien apreciada por el Tribunal.

"Opina este Despacho que seguramente el fallador de segunda instancia no se amoldó estrictamente a la terminología legislativa. Pero, en el fondo, la circunstancia de mayor peligrosidad que quiso tener en cuenta fue la referente al tiempo y al modo de la ejecución del delito.

"En efecto: el homicidio se perpetró en las horas de la noche y en una forma alevosa, puesto que, según la versión aceptada por los Jueces de hecho y por los de derecho, Bonilla después de conseguir que se ausentara el compañero de Ballén, le hizo a éste intempestivamente varios tiros de revólver.

"De esta suerte, dada la existencia de la mencionada circunstancia indicativa de mayor peligrosidad, y demostrada, por otra parte, la buena conducta anterior del procesado, que debe apreciarse según la ley como circunstancia de menor peligrosidad, al homicida no podía aplicar el Tribunal ni la pena máxima ni la mínima del artículo 362 del Código Penal, según mandato del artículo 39 de la misma obra.

"La sanción, en consecuencia, debía fluctuar entre el mínimo, ocho años de presidio, y el máximo, catorce años.

"El Tribunal, dentro de ese amplio campo, se decidió por la pena de diez años, es decir, hizo un aumento de dos años respecto al mínimo, y al tomar esa determinación que indudablemente obedece siempre, en modo muy intenso, al criterio subjetivo del fallador, parece que la sentencia recurrida hizo una aplicación acertada en la ley penal, o, al menos, la Procuraduría no encuentra un motivo plausible para considerar que el arbitrio judicial hubiera sido ejercitado equivocadamente.

"Con lo anterior se quiere significar que en concepto de este Despacho debe respetarse la pena de diez años de presidio impuesta por el Tribunal al reo, y que por lo mismo no debe prosperar la causal primera".

La Sala examinará los fundamentos de las causales alegadas, siguiendo el orden en que éstas fueron propuestas, pero englobando en un solo estudio los atinentes a la 2ª y 3ª, porque así lo requiere la índole de la argumentación.

Lo que constituye el meollo del raciocinio para darlas por demostradas —se habla de la causal 2ª y de la causal 3ª— es, como bien se recordará, que habiéndose desconocido el primer veredicto que era, en concepto del memorialista, perfectamente válido desde el punto de vista legal y jurídico, la sentencia que recayó al segundo no pudo ser dictada sino sobre una errada interpretación de los hechos.

La deducción sería, por lo menos, lógica, si acaso estuviera establecida la "validez legal" de aquella determinación del *juri*. Pero precisamente fue ella desestimada. ¿Con razón? Sería inoficioso averiguarlo ya, cuando se ha pronunciado otro veredicto, que era obligatorio admitir, por ordenarlo así la ley (artículo 537 del Código de Procedimiento Penal). De manera que por bueno que sea el análisis del demandante —y hay qué reconocer que es óptimo para convencer de que el propósito de matar no está siempre presente en el ánimo de quien al defenderse o tratar de hacerlo mata al agresor, bien sea en una lucha proporcional o excediéndose en la "causa", el "modo" o el "tiempo"— no es posible atender a la solicitud del asistente del procesado Bonilla.

El fallo de cinco de mayo del año de mil novecientos cuarenta y dos descansa en un veredicto que no ofrece motivos para calificar de contraevidente, porque sea distinto del anterior. Cuando el primer Jurado reconoció dos fenómenos modificadores de la responsabilidad, quizás se atuvo de preferencia a la aseveración del procesado; y cuando el segundo Jurado descartó esos fenómenos, quizás le prestó más fe al dicho del testigo Guzmán, que aseguró que entre Bonilla y Ballén no hubo la menor disputa preliminar, ni movimiento alguno de éste que justificara o explicara la actitud agresiva y fatal de aquél. Había, pues, dos fuentes de información, y el último Jurado escogió una de ellas. ¿Que aplicó un criterio en desacuerdo con una regla jurídica determinada? Suponiendo que así fuera —y más parece que quiso acogerse al dicho que ofrecía menos peligro de parcialidad—, no viene al caso examinar, porque al Jurado no se le puede exigir que exprese qué derrotero siguió para formar su convicción, ni ella se ajusta a regla alguna de derecho. Además, la Sala, en fallo reciente declaró —por mayoría— que la causal 2ª de casación sólo puede invocarse en los recursos contra sentencias dictadas en juicios en que el Jurado no ha intervenido.

Conclúyese de ahí que no están probadas las causales 2ª y 3ª, tal como fueron planteadas en la demanda.

Causal primera.—Indebida aplicación de la ley penal.

Sostiene el demandante que el Tribunal hizo una mala aplicación de la ley sustantiva al elevar del mínimo la sanción señalada para el homicida de menor peligrosidad, puesto que se sirvió de circunstancias no actuantes, o sean: el *ataque sorpresivo, la insensibilidad* del delincuente y el haber *sobornado testigos* para que declarasen acerca de lo que no habían visto ni presenciado.

Acometimiento sorpresivo.—Si es verdad que un ataque inopinado implica una ventaja que es muy posible que dificulte la defensa del agredido o la haga totalmente inútil, lo que constituye una circunstancia de mayor peligrosidad, también lo es que este ataque de sorpresa no está probado en el expediente. Se deduce apenas de la declaración de Guzmán, quien dijo no haber presenciado discusión previa entre Ballén y Bonilla. Pero no hay que olvidar que en el momento de los disparos Guzmán se había alejado de Bonilla. Esto por una parte; por la otra, el hecho de que entre dos individuos no se crucen palabras hirientes o mortificantes antes de que uno de ellos acometa con arma a otro, no siempre indicará que éste fue cogido de sorpresa. Porque puede ocurrir qué ambos estuvieran preparados de antemano, o también, sencillamente, que un gesto de uno de ellos los puso en guardia o sobre aviso a ambos. Y un gesto no es perceptible muchas veces ni siquiera para los demás que se hallen cerca. De consiguiente es muy aventurado sostener como concurrente esta circunstancia de mayor peligrosidad.

Insensibilidad.—Extrae el Tribunal esta circunstancia de la expresión del procesado "maté a un vergajo", pronunciada en casa de su cuñado Ballesteros a continuación del delito.

Fuera de que la ley penal no habla a secas de insensibilidad sino de "insensibilidad moral", lo que bien puede traducirse por "dureza de corazón", esa insensibilidad tiene que revelarse en la comisión del delito, por medio de actos o de manifestaciones inequívocas. Pero en el supuesto de que una determinada actitud posterior del delincuente pudiera interpretarse como demostrativa de embotamiento de la conciencia o de ausencia de esos sentimientos propios del sér humano, aun en momentos de excitación o de esa especie de locura breve a que conduce la ira, resultaría muy forzado, demasiado violento deducirla de una frase tan anodina como aquella que se dice salió de los labios de Francisco Bonilla. Si éste hubiera exclamado simplemente "maté a un hombre", de seguro que al Tribunal le hubiera parecido que carecía de toda importancia la expresión. Luego lo grave estuvo en añadir el término "vergajo". Entonces se estaría tomando como indicadora de insensibilidad una palabra, un denuesto del victimario, pronunciado en un momento de exacerbación, como a manera de defensa intuitiva o de desahogo.

Pero es que, además, el mismo estado espiritual de quien acaba de ejecutar una acción extraña a su habitual proceder y tan tremenda como es la de suprimir la vida de otro, lo coloca en una situación anormal o fuera de lo corriente. Y es muy posible que haga disparates, vocifere como un desequilibrado, sin que ni lo uno ni lo otro sirvan de índices para tenerlo como insensible o duro de corazón.

Tampoco está, pues, probada esta circunstancia de mayor peligrosidad.

Soborno de testigos.—Procurar por cualquier medio corruptor que una persona falte a la verdad en una declaración es ciertamente una actividad delictuosa que tiene una especial sanción en el Código Penal (artículo 194). Pero, como lo dice el señor Procurador Delegado, esto constituye un delito *per se* contra la administración de justicia, ejecutado con posterioridad a la infracción que se estaba juzgando. Conducta que por reprobable que sea, no tiene por qué hacerse figurar como presente en un hecho pasado.

No habiendo, como se acaba de ver, circunstancias de mayor peligrosidad y sí de menor peligrosidad, como la muy comprobada buena conducta anterior del delincuente Bonilla, su estado de embriaguez no preordenada y cuyos efectos desconocía el procesado, porque es un sujeto abstemio y de vida arreglada, y no habiendo aducido la sentencia recurrida ningún otro de los factores del artículo 36 del Código Penal, se impone declarar que está fundada la primera causal, y por ello habrá que invalidar parcialmente la sentencia impugnada.

La Corte ha dado ya a conocer su pensamiento acerca de la libertad en que debe dejarse a los Jueces para la imposición de las penas cuando tengan que moverse dentro del mínimo y del máximo señalados en el respectivo artículo, porque concurran circunstancias de mayor y de menor peligrosidad. La índole de la Ley 95 de 1936 así lo reclama, y no habría razón para variar el *quantum* que el Juez fijó con un mejor conocimiento del procesado y usando una atribución que le confiere una ley que quiso discernirle la facultad de juzgar y no la de dosificar con sujeción a una regla inflexible y aprisionante. Mas esa libertad no puede llegar hasta concederle el derecho de sacar del vacío circunstancias que no aparecen en donde deben estar: el proceso.

También ha atacado el apoderado del recurrente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en la parte que le impone a Francisco Bonilla Pineda la suma de seis mil pesos ($ 6.000) en que fueron avaluados los perjuicios materiales y morales causados por el delito.

Dice sobre el particular la demanda:

"Acuso la sentencia recurrida como violatoria de la ley sustantiva (causal) primera del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, proveniente de la errónea apreciación del dictamen pericial por haber incurrido el Tribunal

en error de derecho, y en error de hecho manifiesto en los autos.

"De acuerdo con el artículo 111 del Código de Procedimiento Penal, las personas perjudicadas con el delito, o sus herederos, podrán ejercer la acción civil dentro del proceso penal, y la ley señala el procedimiento y los requisitos que deben llenarse para ejercitar esta acción.

"En el presente caso nadie se ha presentado como heredero de José Ballén a ejercer la acción civil de indemnización de perjuicios por el daño causado, ni se ha practicado prueba alguna, ni por los particulares que pudieran estar interesados, ni por el Ministerio Público, para probar la existencia concreta de ese daño, ni su extensión.

"Es verdad que el artículo 93 del Código Penal dice que el Agente del Ministerio Público debe intervenir por sí solo en el caso de que los interesados se hayan abstenido de hacerlo. Pero el Código de Procedimiento Penal establece la forma y requisitos y oportunidad en que el Ministerio Público debe ejercitar esta acción.

"La disposición pertinente es la que sigue:

'Artículo 121. Si a tiempo de celebrarse la audiencia pública ninguna de las personas perjudicadas con el delito o sus herederos se hubieren constituído parte civil, el Agente del Ministerio Público formulará en el resumen escrito del alegato, cuando pidiere la condenación, su concepto sobre la naturaleza y cuantía de los perjuicios'.

"Nada de esto ha tenido lugar en el presente caso. Ni los representantes de la acción privada, ni el Ministerio Público en ejercicio de acción pública, han hecho demanda alguna a este respecto.

"La única prueba, si así puede llamarse, que existe en el proceso sobre esta materia, es el dictamen que figura al folio 107 del cuaderno principal, rendido por los señores Pedro P. Villamil Suárez y Luis E. Montenegro. Pero estos señores dicen lo siguiente en su dictamen:

'De las actas procesales que hemos estudiado en su totalidad no hemos encontrado dato alguno que pueda servir para formar criterio acerca del monto de los perjuicios morales como materiales. Se ignora la edad que tenía José Ballén a tiempo de morir; sus condiciones sociales, económicas y de familia no aparecen por ninguna parte. La capacidad de trabajo y el rendimiento económico son cosas que fuerza adivinar por decir lo menos. En tales condiciones nuestro dictamen trata de acercarse a lo probable mediante los insignificantes datos que han de guiarnos en tan delicada cuestión'.

"Por confesión misma de los peritos resulta que el dictamen, único elemento que se ha tenido en cuenta en esta materia, carece en absoluto de fundamentos de hecho y de derecho.

"Es bien sabido, tratándose de la prueba pericial, que los peritos no son Jueces. La prueba pericial es simplemente un elemento de ilustración para el Juez en relación con hechos cuya apreciación exige una técnica o conocimiento especializados; pero es siempre el Juez quien debe apreciar los fundamentos de hecho y la prueba pericial misma para dar su fallo de un modo razonable y jurídico. El artículo 268 del Código de Procedimiento Penal dice que el dictamen pericial no es por sí plena prueba, y que el Juez debe apreciarlo, desechándolo o acogiéndolo en todo o en parte y expresando "clara y precisamente" los hechos y las razones en que se funda. El artículo 721 del Código Civil establece como condición para que hagan plena prueba los avalúos o cualquiera regulación en cifra numérica que los peritos hayan fundamentado debidamente en su dictamen, de un modo uniforme y explicado.

"Basta en este caso leer el dictamen mismo que dieron los peritos, para que se vea de manifiesto que este dictamen no está debidamente fundamentado, es completamente arbitrario; los peritos no tuvieron dato alguno como ellos mismos dicen, para formar su criterio, y se vieron forzados a 'adivinar'.

"¿Podrá ser más patente la falta de fundamento jurídico de este dictamen, y el error de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar esta prueba para hacer en la sentencia la condenación que acuso?

"Estos errores de hecho y de derecho en que se funda la causal que alego me parecen perfectamente demostrados, y ellos condujeron al Tribunal a infringir los artículos ya citados del Código de Procedimiento Penal y del Código de Procedimiento Civil, así como también los artículos 94 y 95 del Código Penal, por no haberlos aplicado el sentenciador al caso del pleito, siendo así que la imposibilidad para avaluar los daños, por la ausencia absoluta de pruebas para establecerlos en el proceso, imponía al mismo sentenciador el deber de aplicar estas últimas disposiciones, consagradas en la ley precisamente en previsión del fenómeno que se ha presentado en este juicio".

Antes de pasar adelante quizás convenga transcribir la segunda parte del concepto pericial, pues ya la primera está incluída en el alegato del doctor Salazar.

El texto de ella es como sigue:

"Atendiendo como ciertas las afirmaciones contenidas en la partida de defunción de José Ballén y en el acta de autopsia del cadáver del mismo, éste tenía de cuarenta y cinco a cua-

renta y ocho años de edad cuando recibió la muerte. Para los efectos del dictamen acogemos la primera de las dos edades mencionadas.

"El occiso desempeñaba, cuando murió, el cargo de Agente de Policía Rural, el cual a nuestro entender le reportaba una asignación mensual de diez pesos ($ 10), lo que significa que en el año devengaba ciento veinte pesos ($ 120).

"Calculando, un tanto arbitrariamente, que la edad máxima a que hubiera llegado José Ballén fuera la de setenta años, lo que se funda en el dictamen médico expresado en el acta de autopsia del cadáver, en donde se anota que fuera de las heridas sufridas Ballén presentaba en perfecto buen estado los demás órganos, tenemos que diez pesos mensuales o a ciento veinte anuales, representarían un perjuicio total de dos mil pesos, en veinticinco años que le quedarían de vida.

"Los perjuicios morales, invaluables de por sí, los estimamos por un valor igual al doble de los materiales, o sea en cuatro mil pesos.

"En total conceptuamos que los perjuicios sufridos por la infracción ascienden a la suma de seis mil pesos moneda corriente".

Según lo entiende la Corte, dos son los motivos que aduce el abogado del recurrente para impugnar, por el aspecto referido, la sentencia: 1º Que nadie se hizo parte en el juicio para reclamar indemnización, por lo que era impertinente condenar al procesado al pago de perjuicios; y 2º Que el dictamen pericial adolece de error de hecho y de derecho, por no haberse fundado en manera alguna.

Respecto de la primera objeción, que tiende a demostrar el error de derecho en que incurrió el sentenciador, cabe decir que el deber de indemnizar los perjuicios que se le cargan al delincuente en el fallo es condenación accesoria complementaria, que emana del artículo 92 del Código Penal, precepto de imperativo cumplimiento.

El resarcimiento del daño es una sanción reparadora que coadyuva las medidas de defensa social contra el delito, lo mismo que las preventivas y las represivas; y todas ellas son de interés público. No debe olvidarse, además, que los protagonistas del juicio penal no son solamente dos (el procesado y la sociedad) sino tres, puesto que aparte del delincuente y el Estado, la justicia punitiva debe también tutelar al ofendido. (Referencia a la obra de Enrique Ferri, *Principios de Derecho Criminal*. Edición española de 1933, página 715).

De manera que por el hecho de que la víctima o quien legítimamente la represente no se haya constituído parte en el juicio, o porque el Agente del Ministerio Público haya olvidado el cumplimiento de su misión, no hay que concluír que el Juez debe igualmente descuidar la suya, omitiendo en la sentencia una declaración de tánta importancia como es la de condenar al resarcimiento de los daños cuando consta que se han causado.

Cierto es —con relación al segundo motivo— que el dictamen pericial es deficiente; que fija en setenta años la duración de la vida de la víctima, y no en sesenta, promedio que es el generalmente acordado; y que la operación aritmética que en el texto del concepto aparece está mal hecha, puesto que si los peritos partieron del supuesto o hipótesis de que José Ballén habría vivido veinticinco años, y estimaron su producido anual en ciento veinte pesos, el total de ese producido en los veinticinco años no sería de dos mil pesos sino de tres mil pesos. Mas también es cierto que si por una parte se alargó en diez años el límite probable de la duración de la vida de Ballén, respecto del promedio de sesenta años, por la otra se apreció muy por lo bajo su capacidad de producción mensual: diez pesos.

Cree la Sala que no habiendo un punto de apoyo para modificar el monto de los perjuicios materiales, es preciso aceptar el dictamen pericial, que propiamente no ha sido objetado. Se repite que él es deficiente, pero no totalmente infundado. Transparenta apenas el método usual de los cálculos que se hacen en tales casos, basándose en estas dos solas referencias: duración probable de la vida, a partir de la edad que tenía el occiso cuando recibió la muerte, y su capacidad de producción, de acuerdo con lo que en esa época estaba ganando.

En lo que sí es atendible la petición del demandante es en lo referente a los perjuicios morales, avaluados arbitrariamente en la cantidad de cuatro mil pesos. Porque no habiéndose dado razón alguna para esa fijación, y no siendo —en esta oportunidad— posible avaluarlos, lo equitativo es proceder de acuerdo con lo indicado en el artículo 95 del Código Penal, determinando esos perjuicios morales en la cantidad de mil pesos ($ 1.000).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

a) *Invalídase* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en la parte en que se le impuso a Francisco Bonilla Pineda diez años de presidio;

b) *Condénase* a Francisco Bonilla Pineda, por el delito de homicidio cometido en la persona de José Ballén, a la sanción principal de ocho años de presidio y a las demás accesorias —salvo lo referente a los perjuicios— de que trata la sentencia, advirtiendo que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicos es por el término de ocho años;

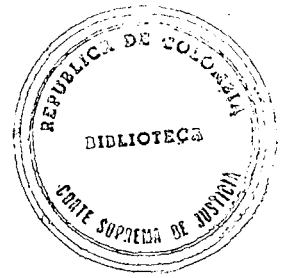
c) *Invalídase* el fallo en la parte referente a la indemnización de perjuicios, cuyo monto fue fijado en seis mil pesos ($ 6.000);

d) *Condénase* a Francisco Bonilla Pineda a pagarles a los herederos de José Ballén, o a quien legítimamente represente sus derechos, la cantidad total de tres mil pesos ($ 3.000), así: dos mil pesos ($ 2.000) por los perjuicios materiales y mil pesos ($ 1.000) por los perjuicios morales que causó la infracción, y

e) Quedan en firme las demás sanciones que contiene la sentencia.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Carlos Arturo Díaz, Conjuez; *Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R.*, Secretario.



Requisitos del auto de proceder

El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no ordena que en la parte resolutiva se determinen o individualicen el procesado y el ofendido, ni que se precisen el sitio y la época de la comisión del delito, aunque generalmente así lo hacen los Jueces, y es conveniente y aconsejable esa práctica. Dispone sí dicho artículo que en la parte motiva se haga una sucinta narración de los hechos, indicando los nombres de los procesados, sus apodos y sobrenombres, su edad, estado, naturaleza, domicilio, oficio o profesión, si fueren conocidos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

Ciro Alvarez fue condenado por el Tribunal Superior de Pamplona, el diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, a la sanción principal de dos años y cuatro meses de presidio por el delito de lesiones en la persona del Agente de Policía Oscar Martínez, quien se hallaba en ejercicio de sus funciones el día de los hechos, que ocurrieron el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, en la ciudad de Ocaña, en momentos en que el Agente Martínez intervenía para que el procesado Alvarez y su compañero Jorge Urquijo, quienes alborotaban en estado de embriaguez, exhibiendo aquél un revólver, cesaran en sus actitudes inquietantes.

Contra ese fallo interpuso recurso de casación el defensor de Ciro Alvarez. Y ante la Corte lo ha sostenido el doctor Eduardo Piñeros y Piñeros, indicando como causales pertinentes estas: 1ª, 2ª, 3ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 4ª—"Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley Procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Al referirse a esta causal, que por ser la primera que el apoderado del recurrente estudia la Sala la examinará en primer término, presenta como fundamentos de la petición de nulidad que él desea que se declare, los siguientes:

a) Que no se notificó legalmente (porque faltó la firma del Personero Municipal) el auto que clausuró la investigación;

b) Que no se puso en conocimiento de las partes el resultado de los exámenes periciales médicos practicados en el ofendido;

c) Que se omitió, en la parte resolutiva del auto de proceder, la identidad completa del procesado y del ofendido y la especificación del lugar y época en que se cometió el delito;

d) Que no se citó en dicho auto el Capítulo del Código Penal a que correspondían las infracciones atribuídas a Ciro Alvarez, y que no se denominó el delito relativo a la calidad del agredido, y

e) Que los peritos médicos carecían de la investidura oficial de Médicos Legistas.

La Sala observa respecto de cada uno de los puntos anotados:

a) Al folio 61 del Cuaderno 3º obra el siguiente auto:

"Juzgado 1º del Circuito Penal—Ocaña, noviembre veinticinco de mil novecientos cuarenta.

Por estar en concepto del suscrito Juez completa la presente investigación, se declara cerrada.

Notifíquese.

Jorge Asaf—Miguel Guerero Alvarez, Secretario".

Y al folio 61 vuelto aparece la notificación suscrita por el señor Personero Municipal de Ocaña y el apoderado de Ciro Alvarez, notificación autorizada por el Secretario del Juzgado correspondiente, que dice así:

"....a veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta notifico el auto anterior al doctor Valentín Piñeres Andrade, apoderado del procesado Ciro Alvarez, y al señor Personero Municipal. Impuestos firman...."

b) A los folios 34, 89 vuelto y 122 del Cuaderno 1º se leen estas notificaciones, firmadas por las personas a quienes se les hacen:

"....a catorce de octubre de mil novecientos treinta y ocho notifico el auto anterior al detenido Ciro Alvarez, a su apoderado doctor Santiago Rizo.... y al señor Personero Municipal. Impuestos firman...:" (La parte final del auto

notificado dice: "....Póngase en conocimiento de las partes por cinco días los reconocimientos que obran a folios 17, 18 y 19").

"....a diez y nueve de noviembre de mil novecientos treinta y ocho notifico el auto anterior al detenido Ciro Alvarez, su apoderado doctor Santiago Rizo.... y al señor Personero Municipal. Impuestos firman...." (El auto a que esta notificación se refiere ordena poner en conocimiento de las partes por el término legal el reconocimiento visible al folio 58).

"....a treinta de enero de mil novecientos treinta y nueve notifico el auto anterior al detenido Ciro Alvarez, a su apoderado doctor Santiago Rizo.... y al señor Personero Municipal....." (En el auto notificado se ordena poner en conocimiento de las partes por el término de cinco días los últimos dictámenes periciales practicados en el ofendido Oscar Martínez, quien quedó con una perturbación funcional permanente).

c) El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no ordena que en la parte resolutiva se determinén o individualicen el procesado y el ofendido, ni que se precisen el sitio y la época de la comisión del delito, aunque generalmente así lo hacen los Jueces, y es conveniente y aconsejable esa práctica. Dispone sí dicho artículo que en la parte motiva se haga una sucinta narración de los hechos, indicando los nombres de los procesados, sus apodos y sobrenombres, su edad, estado, naturaleza, domicilio oficio o profesión, si fueren conocidos. Y todo esto se halla en la parte motiva del auto de proceder de primera instancia, como pasa a verse en lo que a continuación se transcribe:

"El señor Juez Primero Penal de este Circuito hallábase en la noche del treinta de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, a la hora de las siete y veinte minutos, en casa del doctor Carlos Julio Osorio y en su compañía, en el barrio de San Agustín en esta ciudad, cuando escuchó unas detonaciones de revólver (disparos) y salió acompañado del doctor Osorio a la calle, en donde oyeron decir que habían herido a un Agente de la Policía Municipal; como a cuadra y media del Parque de San Agustín el señor Juez encontró al Agente de la Policía Municipal, señor Oscar Martínez, tendido en la mitad de la calle, cerca a la casa de don Antonio Patiño, con heridas en las piernas, y el Agente inculpaba a Ciro Alvarez en presencia del público y de varios Agentes de la Policía Nacional y Municipal..... Oscar Martínez, Agente de la Policía Municipal, de veinticuatro años de edad, natural y vecino de esta ciudad.... Ciro Alfonso Alvarez, de veinticinco años, soltero, natural de Convención y vecino entonces de esta ciudad.."

d) Es verdad que en el auto de proceder de primera instancia no se citó el Capítulo del Código Penal a que correspondían las infracciones que se le imputaban al procesado y se omitió denominar una de ellas, lo que sí se había hecho en el primer auto, que por haber sido dictado prematuramente fue revocado. Pero el Tribunal corrigió la primera de las inadvertencias anotadas, y en cuanto a la otra (delito contra los funcionarios públicos), no cree la Sala que sea motivo para fundar una nulidad, según las siguientes razones que la Sala comparte y que pertenecen a la Vista del Procurador Delegado en lo Penal:

".....Pero el Tribunal, al confirmar el auto de proceder, lo adicionó diciendo 'que las disposiciones citadas del Código Penal están en el Libro II de éste', con lo cual quedó subsanado el olvido del Juzgado y establecido de manera indubitable que el llamamiento a juicio se refería a las lesiones personales y al cometido contra funcionarios públicos, porque a esa clase de infracciones se refieren los Títulos y Capítulos señalados en las providencias del Juzgado y del Tribunal.

"No existe, pues, el error en la denominación genérica del delito, ni hay lugar a confusiones que llevaran al desgraciado resultado de que al finalizar el proceso se condenara al reo por un delito que no se le imputó en el llamamiento a juicio.

"Por otra parte, como se observará más adelante, el artículo 186 del Código Penal no configura propiamente un delito, sino una circunstancia de agravación que debiera más bien estar colocada, como lo está en su modelo, el Código italiano, en la parte general.

"Por último, no hay motivo de error o equivocación sobre el nombre y la personalidad del sindicado, ni sobre el nombre y calidad del ofendido, ni acerca de la fecha y lugar del delito: Ciro Alvarez es el heridor y el Agente de Policía Municipal Oscar Martínez la víctima, que sufrió en Ocaña el 30 de septiembre de 1938 la grave lesión personal de que trata este negocio.

"La nulidad, en consecuencia, no aparece por ninguna parte, y por lo mismo debe desecharse la causal de casación que se está estudiando".

e) También aquí es suficiente aludir a la réplica del señor Agente del Ministerio Público, que dice:

"....En cuanto al segundo motivo de nulidad, o sea el referente a la carencia de investidura oficial por parte de los médicos que reconocieron al herido, basta anotar que desde el principio de la investigación el Juzgado oficialmente aseveró que los doctores Carlos Quintero Her-

nández y Ramiro Torrado Sánchez desempeñaban el cargo de Médicos Legistas, y ellos, a su vez, así lo aseguran en sus reconocimientos.

"Correspondería al interesado traer la prueba de que tales profesionales no tenían esa investidura oficial; como no lo ha hecho, debe aceptarse que esos profesionales tenían la función oficial prenombrada".

* * *

La precedente demostración está indicando que carece de apoyo legal la causal 4ª del recurso y que, por lo mismo, el juicio no adolece de nulidad procedimental, de enumeración taxativa en la ley. Como tampoco puede sostenerse que se haya obstaculizado el derecho de defensa, por inexperiencia del Juez o algo parecido, como lo dice el señor Procurador Delegado en lo Penal en el siguiente prárafo de su concepto:

"Se atreve a considerar la Procuraduría que esta pena" (la que él indica y que luégo se verá) "no solamente es justa, sino legal, porque el delito no carece de cierta entidad y porque con esa determinación no se atropellan los derechos del procesado, que gozó de suficientes garantías, y que muy posiblemente estuvo hasta protegido por el Juez Alvarez Peña, que en un momento dádo, so pretexto de conceder una hospitalización al herídor, lo puso en libertad, en forma que revela no solamente ignorancia del funcionario sino muy probablemente mala fe. Por la actuación del Juez Pedro Alvarez Peña en el presente negocio cursa un sumario ante la honorable Corte...."

No faltaron, pues, garantías constitucionales al procesado, que las tuvo todas en este demorado proceso, en cuyos incidentes —todos de la etapa sumarial— intervino por sí y por medio de apoderado, y en cuya agitada instrucción transcurrieron dos años, un mes y veinticinco días.

* * *

Como el distinguido abogado autor de la demanda de casación afirma que la errada interpretación de los hechos condujo a una violación de la ley penal, "por errónea e indebida aplicación de la misma", bastaría estudiar la causal 2ª para saber si en efecto, por haberse interpretado falsamente la prueba respecto del hecho material, éste no era constitutivo de delito y, entonces, la sanción fue desacertada. Sin embargo, como la causal 1ª tiene algún otro fundamento, habrá que examinarla por separado.

Causal 2ª—"Errada interpretación o apreciación de los hechos".

El escrito gira, casi en su totalidad, alrededor de este argumento: Ciro Alfonso Alvarez, al disparar su revólver (dos o tres veces) sobre el Agente de Policía Oscar Martínez, procedió en defensa legítima, para evitar que el Agente lo hiriera con el yatagán que empuñaba al avanzar hacia él, como ya lo había hecho con su compañero Urquijo.

Para proceder con método es preciso hacer un resumen de lo ocurrido el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y ocho. Relación muy difícil de ejecutar con exactitud, porque no hay en los testimonios de las personas que dieron cuenta de la parte final del acontecimiento esa uniformidad indispensable en toda buena narración.

El señor Agente del Ministerio Público ofrece del primer episodio la siguiente:

"El 30 de septiembre de 1938 estuvieron tomando licores embriagantes Jorge Urquijo y Ciro Alvarez, y en tales condiciones recorrieron a caballo varios parajes de la ciudad de Ocaña. Ya entrada la noche, hacia las siete, los jinetes impidieron el paso a un automóvil en el cual viajaban varias personas. Un testigo viajero del vehículo sostiene que Ciro Alvarez, en són de molestia y revólver en mano, se empeñó en impedir que el automóvil continuara su marcha, sin que el incidente tuviera hasta ese momento otra consecuencia.

".....El Agente de Policía Martínez, al recibir aviso de esos hechos, estaba sin duda en la obligación de ir a comprobarlos y de evitar que los embriagados continuaran ejerciendo tales desmanes. Fue por ello por lo que Oscar se encaminó al sitio en donde se estaban sucediendo esas incidencias. Al encontrarse con los causantes de ellas, se vino a dar cuenta de que el licor había llevado a los jinetes, o mejor dicho a Ciro, porque contra Urquijo no se ha hecho este mismo cargo, a cometer el desplante de entrar a caballo a la sala de la casa de la señora Adela de Alcocer, mujer que, según ella misma dice, recibió mucha impresión por esa actitud de Alvarez.

".....El Agente de Policía quiso intervenir para poner fin a las descompuestas actitudes de los borrachos, y seguramente también para lograr el desarme de Ciro, quien, según el aviso que había recibido, no sólo portaba revólver, sino pue lo había sacado imprudentemente.

"Martínez llamó la atención a los jinetes y en seguida se trabó una fugaz contienda entre el mismo Agente de la Policía y Urquijo, que para el efecto había echado pie a tierra".

Hasta este punto del relato no se advierte discrepancia mayor o notable en lo dicho por los testigos. En donde sí la hay es en lo tocante al incidente final, puesto que mientras que algunos de ellos sostienen que Martínez, luégo de desprenderse de Urquijo se dirigió sin arma visible

hacia Alvarez a quitarle la que éste tenia, otros dicen que llevaba el yatagán desnudo.

La Sala no ve la necesidad de entrar en la discriminación de esa prueba, labor que ha realizado en forma muy completa el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien concluye de ella que la actitud del Agente no era la de un agresor, sino la de quien cumple un deber y una especial misión, y que, por lo mismo, Alvarez de nada tenía qué defenderse. No ve la urgencia de ello, repite, porque conviene de antemano en que Martínez empuñaba el yatagán y con él se encaminó al sitio en que se hallaba Alvarez. Pero ¿qué idea podía surgir en la mente de Alvarez al ver que Martínez se le aproximaba? ¿La de que iba a ser acometido o muerto? ¿De dónde deducir este pensamiento, si el Agente al forcejear con Urquijo no demostró semejantes inclinaciones? Urquijo resultó, es verdad, con una lesión contusa de un milímetro de longitud, que no le produjo incapacidad ninguna y que fue causada con instrumento contundente o producida "por caída o por choque", según dijeron los peritos médicos (folios 17, Cuaderno 1º). Y esto se encuentra más de acuerdo con lo aseverado por Martínez, quien expresó que para deshacerse de Urquijo tuvo que empujarlo, golpeándose éste al caer, que con lo afirmado por algunos testigos, para quienes Martínez golpeó a Urquijo en la frente con la punta del yatagán.

Si Alvarez no podía, lógicamente, creer que Martínez lo iba a atacar, al disparar su revólver contra el Agente de la autoridad no se estaba defendiendo legítimamente ni desde un punto de vista objetivo ni subjetivo. Sencillamente Alvarez quería evitar ser desarmado o reducido; se hallaba ébrio, y de ahí esa actitud de valentón, ajena a su proceder habitual de hombre tranquilo y de excelente conducta social, como está acreditado en autos. Quizás también el Agente actuó con alguna rudeza y poco tino al cumplir esa función preventiva, que si a veces es mal entendida por quienes la llevan a cabo, también, y muy frecuentemente, suele ser mal interpretada por quienes deben sufrir sus naturales consecuencias.

En fin, que la Sala, que ha estudiado con minuciosidad todas las diligencias informativas, no encuentra asidero para concluír que Alvarez usó de un derecho al disparar repetidamente contra el Agente Martínez, quien sí estaba en ejercicio del suyo al tratar de imponer orden y prevenir un peligro.

No está, pues, fundada la causal 2ª.

Causal 3ª—A propósito de ella dice el recurrente:

"Dije anteriormente que en el llamamiento a juicio no se había comprendido el delito contra funcionario público, pues el mismo Tribunal en lugar de darle aplicación si así lo estimaba al artículo 186 del Código Penal, prefiere en la sentencia establecer el concurso de delitos aumentado el más grave, que son las lesiones" (sic) "con una sexta parte", según el artículo 31 del Código. Se estableció también cómo por omisión de haber expresado el delito, contra los funcionarios públicos, si no hay lugar a la nulidad no podía considerarse este delito en la sentencia, siendo por este aspecto la sentencia discordante con los cargos formulados en el auto de proceder, aun cuando incidentalmente, como ya lo observé también a su tiempo.

"Basta para ello tener en cuenta que en el auto de proceder para nada se mencionó el Capítulo 3º del Título 1º del Libro 1º del Código Penal, donde se establece la sanción que corresponde a la infracción de varias disposiciones de la ley penal, o sea cuando ha habido concurso de delitos.

"Ahora bien: como ya lo anoté atrás, la sentencia de primera instancia aplica además de las disposiciones que castigan las lesiones personales, el artículo 186 del Código, que comprende el caso de comisión de un delito contra un funcionario público por razón o causa del ejercicio de sus funciones.

"Apartándose a este respecto el Tribunal de Pamplona de la sentencia de primera instancia, le da aplicación no a la disposición que acaba de citarse, sino al artículo 31 del Código Penal para el caso general del concurso de delitos y no para el especial de delito cometido contra funcionarios públicos. Y como en el auto de proceder, repito, no se hizo mérito de aquella disposición, el artículo 31 del Código Penal, designándolo genéricamente por el título y libro del Código Penal en que está contenida, resulta evidente que la sentencia del Tribunal está en discrepancia con los cargos formulados en el auto de proceder".

El señor Procurador Delegado en lo Penal replica:

"... Como se dijo al principio de este concepto, el Tribunal de Pamplona condenó a Ciro Alvarez a la pena corporal de dos años cuatro meses de presidio, aplicando en su mínimo el artículo 374 del Código Penal y haciendo alusión al artículo 31 de la misma obra, por haberse consumado las lesiones en un Agente de Policía, circunstancia que determina para esa misma corporación el aumento en una sexta parte del aludido mínimo, aumento que viene a ser el de los cuatro meses que se agregaron a los dos años.

"Desde luégo no tenía el sentenciador por qué hacer referencia al artículo 31, que trata del concurso formal de delitos, toda vez que Alvarez había sido llamado a juicio por las lesiones per-

sonales y por una infracción que en el fondo no tiene el carácter de tál, aunque se halle colocada en el Libro II del Código, pues el artículo 186 no configura un delito, sino que simplemente ordena que debe agravarse la penalidad a quien cometa un delito contra un funcionario público por razón o a causa del ejercicio de sus funciones, aumentándole la pena correspondiente a la infracción principal de una sexta parte a la mitad.

"En cambio, el artículo 31 sí establece la existencia de dos o más infracciones penales realizadas con un mismo hecho, en cuyo caso el delincuente queda sometido a la sanción establecida para el delito más grave, aumentada hasta en una tercera parte.

"Pero esa alusión equivocada hecha por el Tribunal no tuvo ninguna consecuencia perjudicial para Ciro Alvarez, puesto que el aumento hecho a la pena mínima establecida para las lesiones personales fue solamente de una sexta parte, o sea la agravación más pequeña permitida por el artículo 186.

"Prácticamente, por lo que acaba de decirse, no existe el desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, y por lo mismo no debe prosperar la causal que se está estudiando".

Tampoco prospera, de consiguiente, la causal 3ª.

Causal 1ª—El hecho en que ella especialmente se apoya es este: que hay grave duda acerca de si las consecuencias de las lesiones que sufrió Martínez (perturbación funcional permanente) fueron o nó debidas a descuido del lesionado, descuido de que dan fe varias personas que lo veían salir por las noches del hospital durante el tratamiento, y dedicarse a francachelas. Y también está ello establecido —en su parte estrictamente médica— por uno de los peritos, quien lo estuvo atendiendo durante el período de hospitalización. Hay, pues, una notable duda que no es posible decidir sino en el sentido favorable a los intereses del procesado. Así lo pide el señor Procurador Delegado en lo Penal, quien cree que la sanción imponible a Alvarez debe ser la de dos años de prisión, conforme a estas consideraciones:

"Cree la Procuraduría que Ciro Alvarez debe ser condenado de conformidad con los artículos 372, tercer inciso, y 186 del Código Penal, a una pena de prisión que no puede ser la mínima, porque en su contra existe la circunstancia de mayor peligrosidad atrás enunciada y referente a la posición distinguida que el delincuente ocupa en la sociedad por su ilustración y oficio, esto es, la contemplada en el ordinal 15 del artículo 37 de dicho Código, relacionada con la señalada en el ordinal 4º del mismo precepto, pues dada la alta posición social de Alvarez, estaba mayormente obligado a respetar la calidad de Agente de la Policía del herido Oscar Martínez.

"En cuanto a la multa, opina este Despacho que debe conservarse la impuesta por el Tribunal, pues ella puede muy bien encajar en el artículo 372 del Código Penal.

"En conclusión, conceptúa este Despacho que por las lesiones personales debe condenarse al procesado a la pena principal de diez y ocho meses de prisión, más la agravación señalada en el artículo 186, que para este caso deberá ser la de la tercera parte, o sean seis meses más, lo que da un total de veinticuatro meses de prisión, es decir, dos años".

Estando como está probada la causal 1ª, la Sala procederá a invalidar el fallo y dictar el que debe reemplazarlo. Sin embargo, al hacer esto se apartará un poco del concepto de la Procuraduría en cuanto al señalamiento de la sanción e impondrá a Ciro Alfonso Alvarez la mínima del inciso 3º del artículo 372 del Código Penal, en relación con el 186 ibidem. Porque no cree que deba apreciarse como circunstancia de mayor peligrosidad en este caso "la posición distinguida del delincuente" o sus deberes sociales respecto del ofendido. No hay que olvidar que Alvarez se hallaba ebrio, es decir, que su personalidad se encontraba disminuída. En este estado no son exigibles ni la reflexión ni el discernimiento, pues eso es precisamente lo que el alcohol destruye o empobrece en el beodo, que no por haber ingerido exageradamente licor una vez deja de ser distinguido; mas si lo ingiere con exceso y se turba su cerebro, no se le puede pedir que obre y actúe como lo hace una persona distinguida.

Pero quizás no sea esta consideración que acaba de hacerse la de mayor fuerza para alegar como circunstancia de mayor peligrosidad —en calidad de recurrente en el hecho que se examina— la indicada en el numeral 15 del artículo 37 del Código Penal. Hay otra razón de indiscutible valor, y es que "la posición distinguida del delincuente" sólo cabe anotarla como exponente personal (en el sentido que lo exige el Ministerio Público) cuando esa categoría o preeminencia social —que indudablemente obliga a un mejor y más circunspecto comportamiento— ha influído en la comisión del delito. Lo que en verdad no puede predicarse de la conducta de Ciro Alvarez el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y ocho.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

1º *Invalídase* el fallo de diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, del Tribunal Superior de Pamplona, en el cual se le impuso a Ciro Alfonso Alvarez la sanción principal de dos años cuatro meses de presidio, y se aprobaron las accesorias y complementarias del fallo de primera instancia; y

2º *Condénase* a Ciro Alfonso Alvarez por el delito de lesiones en el Agente de Policía Oscar Martínez, quien se hallaba en ejercicio de sus funciones y por razón de ellas fue lesionado el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, a las siguientes sanciones: siete meses de prisión que cumplirá, si no hubiere estado en detención preventiva por el mismo tiempo, en el establecimiento represivo que designe el Gobierno; a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por igual duración; a pagar como multa la cantidad de cien pesos ($ 100) y a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial.

No se le condena a pagar los perjuicios porque hay constancia de que se anticipó a cumplir con esta obligación en cantidad mayor a la fijada pericialmente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Carlos Arturo Díaz, Conjuez; *Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R.,* Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REFORMATIO IN PEJUS

El Tribunal Superior puede cambiar la situación jurídica que erradamente ha planteado un Juez Superior al no reconocer la premeditación con que obró el procesado. En ese caso no se agrava la situación del responsable sino que se satisfacen los intereses de la justicia. Con unos pocos ejemplos resaltará más el pensamiento que ha querido expresarse: Un Juez de Circuito llama a juicio a un individuo por el delito de hurto; el procesado apela, y el Tribunal descubre que la infracción es otra: robo, v. g. Por el hecho de que el robo es un delito más grave que el hurto, ¿tiene que guardar silencio o consentir semejante error, autorizando así una nulidad del proceso, o sea permitiendo que se surta un juicio sin validez, puesto que lo nulo nada vale, y que se imponga una sanción sin juicio o se absuelva sin él? Y si el delito cometido no fuera de la competencia del Juez de Circuito que avocó su conocimiento, sino de la del Juez Superior, ¿habría, en el mismo caso de apelación del procesado, que amparar el desatino por no agravar la situación del responsable?

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

Celestino García ha recurrido en casación ante la Corte para que la Sala de Casación Penal de esta entidad declare nulo el juicio o invalide la sentencia de veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y dos, del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmatoria de la del siete de noviembre del año anterior, del Juzgado 2º Superior de la ciudad nombrada, en la cual se le impuso la sanción principal de veinte años de presidio, más año y medio de reclusión, conforme a las disposiciones pertinentes del Código Penal de 1890.

Consiste la imputación hecha a Celestino García, conforme al auto de proceder (el de segunda instancia), en haberles dado muerte, en compañía de otros, a Javier y Laureano Alarcón, el veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y tres, como de las cinco y media a las siete de la mañana, en el sitio de "Pantano Chiquito", vereda de "El Potrero", Circuito de El Cocuy.

Antecedentes de tales hechos son éstos: hallándose el veintidós de febrero del año citado en casa de Jesús Sánchez —situada en el mismo paraje de "El Potrero"—, Delfín y Ramón Pedrosa, reputados en la región como contrabandistas en licores, llegó Javier Alarcón, quien le exigió a Delfín que le mostrara un fusil (Máuser) que éste tenía. El solicitado accedió, descargando previamente el instrumento. Javier lo tomó en sus manos y huyó con él, sin ser alcanzado por los Pedrosas, que lo persiguieron en buen trecho. Tal proceder determinó a los burlados organizar una verdadera batida contra Javier Alarcón, cuya casa rodearon en la madrugada del veinticuatro de febrero, asociados de seis compinches más, entre los cuales iba Celestino García, quien al parecer hacía de jefe del grupo, todos provistos de armas de fuego de largo alcance. Así preparados y enterados de lo que debían ejecutar, que no era otra cosa que vengar la sutracción hecha a Delfín Pedrosa, eliminando a Javier Alarcón para recuperar el Máuser, se distribuyeron estratégicamente, en espera de la víctima escogida. Pero no fue Javier a quien tuvieron primero a la vista sino a Laureano, sobre cuya persona, sin embargo, dispararon. Al ruido de las detonaciones salió Javier, siendo igualmente acribillado (recibió diez heridas mortales). Uno y otro quedaron inmediatamente sin vida, y los asaltantes, rescatado el objeto que provocó la tragedia, abandonaron el teatro de los sangrientos hechos.

* * *

Las preguntas que se le presentaron al Jurado y que éste contestó afirmativamente con respecto a Celestino García, en la audiencia pública del diez de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, fueron las siguientes:

"El acusado Celestino García, al parecer vecino de Guacamayas, ¿es voluntariamente responsable de haber dado muerte, en compañía de otras personas, al señor Javier Alarcón, vecino que fue de El Cocuy, quien falleció a consecuencia de heridas causadas con proyectiles de arma de fuego, de largo alcance, y que le produje-

ron las consecuencias que determina la correspondiente diligencia de autopsia, hecho que tuvo lugar entre cinco y media y siete de la mañana del viernes veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y tres en los alrededores de la casa de la víctima, ubicada en la vereda de 'El Potrero', de la jurisdicción del Municipio de El Cocuy?"

"El mismo acusado Celestino García ¿es responsable de haber cometido el hecho a que se refiere la cuestión anterior, con premeditación?"

"El mismo acusado Celestino García, de las anotaciones civiles ya conocidas, ¿es responsable voluntaria y criminosamente de haber dado muerte en compañía de otras personas al señor Laureano Alarcón, vecino que fue de El Cocuy, quien falleció a consecuencia de heridas causadas con proyectil de arma de fuego, de largo alcance, y que le produjeron las consecuencias que determina la correspondiente diligencia de autopsia, hecho que tuvo lugar entre las cinco y media y las siete de la mañana del viernes veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y tres, en los alrededores de la casa de la víctima, ubicada en la vereda de 'El Potrero', de la jurisdicción del Municipio de El Cocuy?"

Es importante advertir que el Juez de la causa había descartado la premeditación en su auto de proceder, de veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro. Pero el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo —auto de primero de julio de mil novecientos treinta y ocho—, al decidir del recurso de apelación interpuesto por García incluyó tal circunstancia (premeditación).

* * *

El recurrente no presentó demanda alguna ante la Corte. Pero en el escrito en que solicitó al Tribunal que se le concediera el recurso de casación adujo las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931. Y como el escrito es breve y el método empleado en él no se facilita para hacer una síntesis satisfactoria que dé una precisa idea de los fundamentos del recurso, prefiere la Sala insertar aquí el texto del memorial en su totalidad. Dice así:

"....De conformidad con las Leyes 78 de 1923 y 118 de 1931, interpongo el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el honorable Tribunal, que lleva fecha veintiocho de julio del corriente año (1942), por la cual se me impuso la pena de veinte años de presidio y año y medio de reclusión, confirmando la de primera instancia proferida por el señor Juez 2º Superior.... Se funda el recurso en las causales siguientes:

"1ª Por ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley. Esta causal se funda en lo siguiente:

"Primero. El auto de proceder se me notificó, y como me era desfavorable interpuse el recurso de apelación ante el honorable Tribunal; esta entidad conoció del recurso, pero en lo que me era favorable y no en lo desfavorable, lo materia de recurso (sic). En vez de obtener resolución en cuanto a mis pedimentos, se me desmejoró la situación agregándose la premeditación, la cual estaba descartada en el proveído apelado. Las apelaciones se entienden interpuestas en lo desfavorable y jamás en lo favorable, tanto en materia civil como en lo criminal. El artículo 15 de la Ley 169 de 1896, en relación con el 2021 del Código Judicial antiguo, ha sido violado. Mi asunto es del año de 1933 y lo ha cobijado el procedimiento antiguo, lo mismo que la ley sustantiva antigua. La nueva legislación también sienta el mismo principio de que las apelaciones se entienden interpuestas en lo desfavorable. La honorable Corte ha casado sentencias a este respecto.

"Segundo. Considero fundamental en el asunto el que no se trate de revocar o reformar autos ejecutoriados. Parece que existe, y en realidad existe, una enorme nulidad al revocarse el auto de proceder, o reformarse, con respecto a los sindicados que no interpusieron el recurso de apelación. Y se ha considerado reformado, ya que en el cuestionario se introdujo la premeditación en relación a Carlos Julio Ruiz y Carlos Cotamo.

"Tercero. El cuestionario debe estar de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, y en este negocio se ha violado la ley sobre el particular, ya que se introdujo la premeditación, siendo así que estaba descartada con respecto a dos procesados. De manera que se violó la ley en cuestión sustancial.

"Cuarto. Existe un auto del Tribunal en el cual se dice que el cuestionario debe estar de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, con respecto a cada uno de los procesados. El Juez del conocimiento no tuvo en cuenta ese proveído; y el honorable Tribunal olvidó el estudio de ese tópico y desatendió o no resolvió nada sobre los pedimentos de mi defensor al alegar en segunda instancia. De manera que el asunto está viciado de muchas nulidades y la sentencia de fondo no debe prosperar.

"Segunda causal. Por ser la sentencia violatoria de la ley, por haber habido error en la apreciación del cuerpo del delito o delitos.

"Es evidente que en el expediente no existe la prueba que establezca la relación entre el agente y los resultados; no está comprobado que yo haya ejecutado los actos materiales que determinaron la muerte de ninguno de los Alarcón.

Existe una enorme duda sobre el particular, y ésta se resuelve en favor del reo.

"Tercera causal. Por no estar la sentencia de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"Se fundamenta esta causal en el hecho de que el auto de proceder excluye la premeditación; y en la sentencia confirmatoria de la de primera instancia acepta (sic) esa circunstancia sin ningún argumento. Es de advertir que el auto del Tribunal que atribuye la premeditación, quizá refiriéndose a todos los sindicados, no es aceptable como lo dejo sentado en otra de las causales. Si el auto de proceder del Tribunal hubiera sido correcto, habria resuelto confirmar el de primera instancia; pero se extralimitó en el conocimiento usurpando jurisdicción.

"Existe otra causal referente a la injusticia notoria del veredicto y también la alego en mi favor...."

Como se acaba de ver, el demandante alega: a), error en la apreciación de la prueba referente al cuerpo del delito (causal 3ª de la Ley 118 de 1931); b), discrepancia del veredicto del Jurado o de la sentencia con el auto de proceder (causal 4ª); c), veredicto notoriamente injusto (causal 5ª); y d), nulidad del juicio (causal 2ª).

Causal 3ª "Ser la sentencia violatoria de la ley por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito."

Para hacer ver que hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito el recurrente echa mano de un razonamiento inadecuado, puesto que dice que "no está probado que yo haya ejecutado los actos materiales que determinaron la muerte de ninguno de los Alarcón". Y entonces cabe esta lógica consecuencia: si Garcia no niega la existencia de los delitos, la causal 3ª ha sido mal invocada y debe, de consiguiente, desecharse.

Causal 4ª "No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado."

Con el fin de demostrar la falta de consonancia entre la sentencia o el veredicto con el auto de proceder, afirma el interesado que en la providencia últimamente citada (auto de proceder) se excluyó la premeditación. Argumento inválido, porque ya se ha visto que en dicho auto el Tribunal sí la incluyó. Luego tampoco está probada la causal 4ª

Causal 5ª "Ser la sentencia violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto de injusticia notoria, siempre que esta cuestón haya sido debatida previamente en las instancias."

Esta causal no ha sido sustentada, pues apenas la enuncia el recurrente. Hay una verdadera sustracción de materia y, por lo mismo, el cargo no puede prosperar.

Causal 2ª "Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley."

Tres son, finalmente, los motivos que presenta para sostener que el juicio adolece de nulidad y para fundar, consecuencialmente, esta segunda causal, que, como las anteriores, pertenece a la Ley 118 de 1931, artículo 3º Los motivos son:

1º Que el Tribunal, al examinar por apelación que él interpuso, el auto de proceder, violó los artículos 15 de la Ley 169 de 1896 y 2021 de la Ley 147 de 1888, puesto que reformó en perjuicio del apelante la situación jurídica que el auto del inferior planteaba al reconocer la existencia de la premeditación, que el Juez había descartado.

2º Que el Tribunal adicionó y varió un auto ejecutoriado al introducir el elemento premeditación con respecto a los procesados Ruiz y Cotamo, quienes no reclamaron del de proceder; y

3º Que el cuestionario estuvo, de consiguiente, mal propuesto para dichos procesados.

* * *

Reformatio in pejus.

A pesar de que en los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887 no figuraba como causal de nulidad el haberse reformado en menoscabo del apelante el auto de proceder o la sentencia consultada, estima la Sala que se le ha brindado una buena oportunidad para referirse a esta importante materia de la *reformatio in pejus*, tema que ha sido tratado in extenso por el Jefe del Ministerio Público, quien hace sobre el particular un estudio muy diserto y documentado.

La Sala va a reproducir los párrafos más interesantes y que crea más adecuados al caso del concepto fiscal, porque en la vista se analiza el problema no sólo en relación con el punto concreto sometido a la Corte por el recurrente sino también por otros aspectos más generales, siendo el más importante de ellos el que tiende a marcar la notable diferencia que existe entre los procedimientos civil y penal.

Dice el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"El artículo 15 de la Ley 169 de 1896, citado por el demandante, hacia parte del Libro II, Título VII, Capítulo 1º, del Código Judicial de 1888, referentes a las apelaciones en materia civil. Dicho artículo es del tenor siguiente:

'La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y el superior no podrá enmendar o revocar la sentencia o, auto apelado en la parte que no es objeto del recurso,

a no ser en los casos de consulta, o cuando la variación en la parte a que se refiere dicho recurso requiera la modificación o revocación de puntos del fallo del Juez *a quo*.'

"Más o menos lo mismo consagró el artículo 494. del actual Código de Organización Judicial y Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931).

"Ni en el procedimiento penal antiguo ni en el nuevo existe texto expreso sobre el alcance de la apelación cuando es interpuesta por el acusado o su defensor.

"Opina la Procuraduría que las disposiciones de los artículos 15 de la Ley 169 de 1896 y 494 del Código de Organización Judicial se refieren exclusivamente al procedimiento civil, porque en ese terreno sí es explicable que la apelación no pueda empeorar la situación jurídica del apelante, siendo así que en materia civil se discuten propiamente intereses de carácter privado o patrimonial y que el Juez asume un papel semejante al del árbitro, supeditado a la iniciativa y a la actividad de las partes....

"Pero en materia penal el asunto es sustancialmente diverso. En el proceso penal se ventilan cuestiones de un elevadísimo interés público, desde luégo que allí se persigue la defensa de la sociedad contra los delincuentes, la aplicación de la ley penal al caso concreto de los hechos y la determinación de la personalidad antisocial del responsable.... El proceso penal es el medio práctico de que se vale el Estado para ejercer su alta función de reprimir los delitos y de dar seguridad al conglomerado.

"En tal virtud, la jurisdicción del ministerio penal en las instancias del proceso es plena para investigar la verdad de los hechos punibles, para calificarlos de acuerdo con el derecho sustantivo y para aplicar la medida defensiva que demanden esa verdad histórica y la peligrosidad del delincuente. Este debe sufrir los resultados de la acción penal, y, por lo tanto, no puede aducir derechos adquiridos en contra de los fines del Estado en su lucha contra la delincuencia. El Estado, también por fuerza del interés público, le da al acusado el derecho de defensa para que justifique o atenúe su conducta, pero no puede otorgarle más poderes o garantías de los que el Estado dispone para ejercer la represión. Siempre el interés social predomina aquí sobre el interés privado, como es obvio.

"....Además, los recursos contra las providencias de la autoridad tienen por objeto corregir los errores en que puedan caer los falladores. Y si el superior en el ramo Penal encuentra plenamente establecido que el inferior se equivocó en perjuicio de la sociedad, es apenas natural que repare el derecho e imparta la justicia debida, porque su misión es defender la verdad e imponerla por encima de cualquier interés privado que trate de cercenarla o desconocerla.

"....Pasando al argumento de analogía que presenta el recurrente, se tiene:

"El artículo 2021 del antiguo procedimiento penal, invocado en la demanda, dice así:

"A falta de otra regla general o especial todo vacío en el procedimiento criminal se llenará según lo dispuesto para casos semejantes en este mismo Libro, o en su defecto en el Libro II de este Código."

"Por tanto, concluye García, le son aplicables al ramo Penal los preceptos referentes a la prohibición de *reformatio in pejus* que existe en el procedimiento civil."

.....

"Considera la Procuraduría que el artículo 2021 del antiguo Código Judicial sólo podía tener aplicación para llenar vacíos puramente formales o de simple ritualidad procesal, mas no para crear instituciones trasplantadas de otras materias que obedecen a principios distintos, en primer lugar porque la analogía está condenada en lo penal, y en segundo lugar porque ella implica la adaptación de una norma jurídica expresamente consignada en otro lugar y en cuestiones afines, con el propósito de darle vida el intérprete a otro principio jurídico latente en el caso que trata de resolver; y es claro que esta afinidad de materias no se presenta aquí porque el derecho civil y el derecho penal tienen fundamentos profundamente distanciados: el uno es el derecho del interés particular y económico, y el otro el derecho del interés social y público..."

Para concluir resume el señor Procurador Delegado en lo Penal consideraciones pertinentes a la gravedad del hecho cometido y a la invalidez del recurso. Son ellas:

"....En el caso de estudio el Tribunal estuvo acertado al imputarle a Celestino García la premeditación. Más lógico hubiera sido si le carga en su cuenta los homicidios con caracteres de asesinato, pues la gravedad de los hechos punibles y la peligrosidad de los acusados no otra cosa representa.

"....Homicidios así tan deliberados por motivos bajos y llevados a término con notable superioridad de parte de los agresores, sorprendiendo a las víctimas descuidadas e indefensas y dándoles muerte con excesiva crueldad, no tienen otro calificativo en el Código Penal que el de asesinatos.

"Y pretender ahora el acusado Celestino, uno de los principales responsables de esa inhumana y feroz cacería, la declaratoria de nulidad de la causa por que el Tribunal le formuló la premeditación al revisar el auto de enjuiciamiento,

cuando ha debido llamarlo a responder por algo mucho más grave. ¿Qué justicia sería esa y qué defensa social contra delincuentes tan temibles anular un juicio porque se ha reconocido por el Poder Público una responsabilidad atenuada que no merecen? ¿Cómo podría darse aquí prelación al interés individual del acusado en contra de los intereses sociales, a título de la famosa teoría de los derechos adquiridos por el reo? La conciencia pública perdería su confianza en la administración de justicia y experimentaría con razón una profunda alarma si se reconociera la tesis del demandante.

"Luego una suprema necesidad de justicia y de defensa del conglomerado impone el rechazo de las pretensiones del recurrente."

Razones del Tribunal para formular la premeditación.

El Tribunal razonó en esta forma para formular la premeditación:

"El número de asaltantes y el de las heridas y destrozos que se causaron con los disparos en los cuerpos de las víctimas; el aprovechamiento de las horas de la noche y de las vías veredales por donde se hizo el viaje hasta colocarse en los aledaños de las chozas de las víctimas, todo confluye a establecer que semejante empresa delictiva se cometió, desarrolló y culminó en medio del ánimo resuelto de causar graves males a las personas y de procurar no ser vistos por ojos curiosos que pudiesen dar a la justicia cuenta de aquella horrenda tragedia que llegó a su fin recuperando el Máuser perdido y dejando en el campo dos cadáveres atrozmente despedazados.

"Estima, pues, la entidad revisadora que se hace de rigor actualizar en este proceso la modalidad premeditativa, dejando en todo caso a los Jueces de conciencia la estricta apreciación de los fundamentos en que ella pueda sustentarse dentro del expediente."

Decisión de la Sala.

Disponía el artículo 354 de la Ley 105 de 1890 que toda sentencia en que el delito materia del juicio tuviera señalada pena de muerte, presidio o reclusión, debía ser consultada. Esta disposición estuvo en vigencia hasta el treinta de noviembre de mil novecientos treinta y tres, en que fue sancionada la Ley 50 de ese año, que en su artículo 4º estableció la consulta para todas las sentencias condenatorias, cualquiera que fuera la pena impuesta en ellas. También estaba reglamentada la consulta para los autos de sobreseimiento, por el artículo 346 de la Ley 105 de 1890, que decía:

"El auto de sobreseimiento se consultará si no fuere apelado, en los negocios en que pueda y deba procederse de oficio, siempre que el delito investigado sea de los que merecen las penas corporales de muerte, presidio o reclusión. En todo caso, dicho auto es apelable por el respectivo Agente del Ministerio Público y por el acusador particular, si lo hubiere, y la apelación se concederá en el efecto suspensivo."

La cita de estas disposiciones obedece a lo siguiente: 1º a hacer notar que en todos los casos de alguna gravedad quiso siempre la ley facultar al superior para enmendar la equivocación del Juez de instancia, quien podía convertir en llamamiento a juicio un sobreseimiento, e imponer una sanción diferente —en pro o en contra— de la indicada en el fallo del funcionario de primer grado, con tal de que se tratara de delitos que dieran lugar a proceder oficiosamente; y 2º a fijar, de una vez, la diferencia del criterio aplicable en el ramo Penal con respecto del Civil. En éste sólo se acordó la consulta para las sentencias que declaran alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios (artículo 508, Ley 105 de 1931). Y es ocasión de preguntar: si un auto de sobreseimiento, que crea indudablemente una situación favorable para el sindicado, podía y puede ser revocado, bien para ampliar el sumario, o bien para ser reemplazado por un enjuiciamiento, ¿por qué, en un caso grave, en que el delito averiguado mereciera alguna de las sanciones que mencionaban los artículos 346 y 354 de la Ley 105 de 1890, no podría adicionarse el auto de proceder con un elemento que el Juez olvidó y que estuvo presente en el hecho delictuoso, por la sola razón de que en esa forma se empeoraba la individualización judicial del apelante?

Si la ley no instituyó la consulta para los autos de proceder fue sencillamente porque en ellos no se plantea una cuestión definitiva para el procesado, sino apenas un principio de debate, es decir, de discusión para el juicio, en el que interviene —en todas sus etapas— el representante de la sociedad, en cumplimiento de la función primordial de perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social (artículos 139 de la Constitución Nacional y 92, 93 y 95 de la Ley 94 de 1938).

También, en desarrollo del precepto constitucional de esa época (artículo 143 de la de 1886), existían los artículos 1616 y 1617 de la Ley 147 de 1888, que decían, en su orden:

"En todos los juicios que se sigan o deban seguirse de oficio, se oirá siempre la voz del Ministerio Público, aunque haya acusador particular."

"En las causas expresadas en el artículo anterior, aunque el Ministerio Público no acuse, o no pida en conclusión el castigo del reo, debe el

Juez, sin embargo, declarar con lugar a seguimiento de causa y condenar al procesado, siempre que encuentre suficiente motivo para proceder y prueba legal para condenar."

Se aprecia por estas disposiciones la diferencia fundamental entre el procedimiento civil y el penal. En aquél, todo está subordinado al querer de las partes. En éste, es el interés del Estado y de la sociedad el que prevalece. De otra manera no podría iniciarse una averiguación criminal oficiosamente, ni imponerse castigo al responsable, como oficiosamente no puede iniciarse una acción civil ni condenarse a quien no haya sido demandado.

Es unánime el reconocimiento del fin público que el proceso penal entraña. Colocar esta materia en el mismo plano en que está la civil, es ir contra los fines que persigue la primera. Por eso no es posible acudir al argumento de analogía en lo tocante a principios, es decir, en cuanto a la fundamental orientación de esta rama del Derecho.

Con unos pocos ejemplos resaltará más el pensamiento que ha querido expresarse precedentemente: Un Juez de Circuito llama a juicio a un individuo por el delito de hurto; el procesado apela, y el Tribunal descubre que la infracción es otra, robo, v. g. Por el hecho de que el robo es un delito más grave que el hurto, ¿tiene que guardar silencio o consentir semejante error, autorizando así una nulidad del proceso, o sea permitiendo que se surta un juicio sin validez, puesto que lo nulo nada vale, y que se imponga una sanción sin juicio o se absuelva sin él? Y si el delito cometido no fuera de la competencia del Juez de Circuito que avocó su conocimiento, sino de la del Juez Superior, ¿habría, en el mismo caso de apelación del procesado, que amparar el desatino por no agravar la situación del responsable?

La falta en el procedimiento penal de disposiciones análogas a las que existen en el procedimiento civil, no puede suplirse en todos los casos con el sistema inaceptable de incorporar en el uno disposiciones del otro, como ya lo ha demostrado la Procuraduría y la Sala ha tratado de hacerlo. En el caso concreto que se examina, esta falta no puede atribuírse a una omisión involuntaria del legislador, pues sería forzado, cuando menos, suponerlo así, dada la insistencia en el olvido, lo que ha dado lugar a algunos tanteos doctrinarios.

En efecto, en la vista del señor Procurador Delegado en lo Penal se alude al criterio de la Corte en el año de mil novecientos treinta y seis, según el cual no se podía "empeorar" la situación del apelante. Criterio en oposición con uno igualmente expreso doce años antes (en 1924) por esta misma entidad. Entonces se dijo:

"Al conocer en segunda instancia de un juicio criminal, el superior puede reformar la sentencia de primera instancia, de la cual apeló el reo, imponiéndole a éste una pena mayor de la impuesta en la sentencia de primera instancia." (*Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, tomo III, página 653).

Por cierto que hay llamada del Relator de la Corte:

"Esta doctrina, tácita en la sentencia, indica que en materia criminal no es aplicable el principio de que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante. Siendo de advertir que el delito por que se juzgaba no tenía señalada pena de muerte, de presidio, ni de reclusión."

O sea, completa la Sala, que la sentencia no era consultable, conforme al artículo 354 de la Ley 105 de 1890, vigente entonces.

Son suficientes las anteriores consideraciones, tendientes a aceptar la tesis de la Procuraduría —más que a ampliarla o a extenderla, pues el conceptuante contempló, sin ahorro alguno de argumentos, las fases más importantes del asunto *sub judice*—, para sostener que el Tribunal Superior de San Rosa de Viterbo sí podía cambiar la situación que erradamente había planteado el Juez en el auto de proceder, providencia que abre el debate judicial, durante el cual el acusado con su defensor y la sociedad, por medio de su representante, tienen un amplio campo para lograr sus aspiraciones y lograr que la justicia se realice plenamente. Como, es imperativo reconocerlo, ocurrió en el presente proceso.

Ha quedado analizado y estudiado el primero de los motivos presentados por el recurrente para fundar la causal 2ª

Va ahora la Sala a examinar brevemente, pues así lo requiere la poca consistencia de la argumentación, los otros dos motivos, que, como ya se ha visto, son: a) Que el Tribunal adicionó o incluyó la premeditación en los cuestionarios atinentes a Carlos Julio Ruiz y Carlos Cotamo; y b) Que dicho cuestionario, de consiguiente, estuvo mal propuesto para esos procesados.

Como el primer punto se refiere a los acusados Ruiz y Cotamo, quienes no interpusieron recurso de casación, el demandante Celestino García carece de personería para gestionar en nombre de ellos este recurso extraordinario. Esto admitiendo que hubiera dicho la verdad. Pero no es así, porque la premeditación fue descartada por el Jurado para los procesados Ruiz y Cotamo, y de allí que la sentencia no los hubiera considerado como homicidas con premeditación, sino como autores de homicidio simplemente voluntario.

Y que el cuestionario estuviera mal propuesto para los procesados Ruiz y Cotamo, es problema que no atañe a la Sala, porque éstos, ya se ha dicho, no recurrieron ante la Corte. Además, acaba de verse, el Jurado descartó la circunstancia que los hubiera podido perjudicar de haber sido afirmada por los miembros del Tribunal popular.

En consecuencia, tampoco es invalidable la sentencia por ninguno de los motivos aducidos para sustentar la causal 2ª

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, *no invalida* la sentencia de veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y dos, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que aprobó la del Juez 2º Superior de la misma ciudad, en la que se le impuso a Celestino García veinte años de presidio más año y medio de reclusión, por los delitos de homicidio en las personas de Javier y de Laureano Alarcón.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Carlos Arturo Díaz, Conjuez; *Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Se inhibe la Corte de juzgar a un Magistrado de Tribunal Contencioso Administrativo

Ya ha dicho la Corte que "en ningún pasaje del nuevo Código de Procedimiento Penal se le concede a la Corte Suprema, por conducto de su Sala Penal, la facultad de juzgar privativamente o en única instancia a los Magistrados de los Tribunales del servicio contencioso-administrativo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, cinco de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

El señor Campo Elías Morales presentó denuncia ante el Tribunal Superior de Bucaramanga contra el doctor Antonio María Uribe, Magistrado del Tribunal Administrativo de allí, en relación con recursos que dicho Magistrado omitió otorgarle, ilegalmente, según dice el denunciante.

Allegadas a las diligencias sumarias las copias de la actuación en que intervino el doctor Uribe y también otros documentos, el Tribunal Superior de Bucaramanga resolvió, por auto del treinta y uno de mayo último, remitir el expediente a la Corte. Para ello se funda el Tribunal en que al Magistrado doctor Uribe se le acusa por prevaricato y en que la Ley 167 de 1941 otorga a los Magistrados de los Tribunales Administrativos "los mismos derechos y prerrogativas" reconocidos en favor de los Magistrados del orden judicial.

Repartido el expediente en la Corte, considera ella que de plano debe declararse inhibida para conocer del asunto.

Bajo la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal y antes de expedirse la Ley 167 de 1941, que el Tribunal Superior de Bucaramanga cita, se presentó a la Corte la cuestión de si los Magistrados de Tribunales Administrativos habían quedado sometidos a la competencia ordinaria o si continuaban con el fuero especial dentro del cual los había colocado el numeral 5º de la Ley 105 de 1931 (organización judicial), disposición que atribuía a esta Sala de la Corte competencia especial para juzgar, entre otros funcionarios, a dichos Magistrados.

Al resolver el punto dijo entonces la Corte lo siguiente:

"El nuevo Código de Procedimiento Penal restringió los llamados *fueros*, o sea la jurisdicción especial para juzgar a ciertos funcionarios, y no le atribuyó a la Corte facultad para juzgar a los Magistrados de esa clase de Tribunales (los Administrativos) ni siquiera por cargos de responsabilidad."

Y en otra providencia, fechada el treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta (Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre, *Gaceta Judicial* números 1957 y 1958), había explicado esta Sala su pensamiento así:

"Y no tienen ni pueden tener aplicación ninguna esos artículos 100, Ley 130 de 1913, y 33, Ley 105 de 1931, en los procesos iniciados a partir del día en que recibió vida jurídica, formal y materialmente, la Ley 94 de 1938, puesto que los derogó de manera implícita esta última Ley, y los sustituyó en la contingencia concreta estudiada por el ordinal 6º del artículo 42. 'La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente de los asuntos siguientes: ....6º De las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o las leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Agentes Diplomáticos y Consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las Fuerzas Nacionales, el Contralor General de la República, el Tesorero General de la misma y los Intendentes y Comisarios', expresa dicho artículo 42;

"En ningún pasaje del nuevo Código de Procedimiento Penal se le concede a la Corte Suprema por conducto de su Sala Penal, la facultad de juzgar privativamente o en única instancia a los Magistrados de los Tribunales del servicio contencioso-administrativo;

"Y no hay que olvidar el principio de que las leyes sobre jurisdicción y competencia son de estricta interpretación, de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto re-

chazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desnaturalice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquiera atribución que las leyes no les han señalado expresamente;

"Pero lo que más interesa es saber cuál intención o espíritu informó el artículo 42, Ley 94 de 1938, intención que, al investigarla con ayuda de la historia fidedigna que comporta la génesis de ese precepto, viene a traer la clave para explicar la razón y el alcance de éste. En el tomo I de los *Trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal*, las actas números 39 a 44 (páginas 106 a 134), consignan las discusiones acerca de la fórmula original con que se presentó el hoy artículo 42, y, concretamente, el ordinal 6º Quiso la Comisión, y el Congreso lo aceptó, dejar tan sólo 'los fueros especiales consagrados en la Constitución de modo que al derecho común corresponderán todos aquellos que hoy existen, pero que no fueron estatuídos por el constituyente'. Y hasta se expresó que tales privilegios o fueros se estatuían 'únicamente porque existe una disposición constitucional que así lo impone'. Y los fueros especiales en lo tocante a las atribuciones de la Corte Suprema, por lo que hace a la cuestión penal, no son otros que los previstos en el artículo 148 de la nueva Codificación de la Carta Fundamental. La ponencia de las páginas 106 y 107 se proyectó definitivamente en la página 31 del tomo VIII, y en el Congreso, el Senado de la República se limitó 'a corregir ciertos detalles de redacción, y agregar o incluír en las previsiones a los Intendentes y Comisarios';

"De tal suerte que el espíritu que guió a la Comisión y al legislador es nítido: reducir el fuero especial del juzgamiento penal por la Corte a los funcionarios que determina la Constitución, suprimiendo el privilegio que en el particular beneficiaba a los numerosos empleados del ordinal 5º, artículo 33, Ley 105 de 1931;

"Podría argüirse que el problema no se resuelve con lo que la Corte está argumentando, ya que la dificultad estriba en el artículo 723 del Código de Procedimiento Penal, artículo concebido así:

'Quedan derogadas todas las disposiciones del Libro Tercero del Código Judicial y las leyes que lo adicionan y reforman; pero en las materias que no estén previstas en el presente Código continuarán aplicándose las leyes y reglamentos especiales.'

"Alegaríase que existe un vacío en lo relativo al fuero de algunos altos empleados públicos, vacío que debe llenarse con las leyes anteriores, conforme a la permisión de la última parte del artículo 723. Pues bien: La Corte contesta que quien eso alegara incurriría, de seguro, en un notorio yerro. El artículo 723 lo que derogó *expresamente* fue el Libro Tercero del Código Judicial; pero la Ley 94 de 1938, al reglamentar todo lo que toca con la jurisdicción y competencia en el ramo Penal, dejó insubsistentes las normas que habían venido rigiendo sobre la materia (artículo 3º, Ley 153 de 1887);

"Si no es la Corte Suprema, por medio de la Sala Penal, la que puede conocer en única instancia o privativamente de procesos como el actual, son los Jueces de Circuito en el ramo Penal los autorizados para ese conocimiento, en armonía con el artículo 47, número 1º, Ley 94 de 1938, aun cuando padezca la *elegantia juris* al someter a un Magistrado de Tribunal Administrativo a la jurisdicción y competencia de un Juez de Circuito."

Debe examinarse ahora el nuevo problema suscitado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, de si la Ley 167 de 1941, "sobre organización contencioso-administrativa", restableció el juzgamiento de los Magistrados de ese ramo por competencia especial y extraordinaria de la Corte.

Verdad es que el artículo 45 de dicha Ley dispone:

"Salvo disposición especial, los Consejeros de Estado gozarán de los mismos derechos y prerrogativas acordados a los miembros de la Corte Suprema de Justicia.

"A los Magistrados de los Tribunales administrativos corresponden los establecidos en favor de los miembros de los Tribunales Superiores de Distrio Judicial."

Pero no es menos cierto que el artículo siguiente, o sea el 46, dice:

"Los Consejeros de Estado serán juzgados de la manera prevenida en los artículos 20 y 29 del Código Judicial y concordantes de estos textos."

El legislador mismo no consideró que entre "los derechos y prerrogativas" a que alude el artículo 45, correspondientes a ciertos funcionarios, esté el de ser juzgados por una jurisdicción o mediante una competencia especial, porque a renglón seguido dice, en el artículo 46, que los Consejeros de Estado serán juzgables "de la manera prevenida en los artículos 20 y 29 del Có-

digo Judicial y concordantes de estos textos"; y puesto que nada estatutyó sobre juzgamiento de los Magistrados de Tribunales Administrativos, debe entenderse que ellos no están sometidos a jurisdicción o competencia especial.

En estas materias no caben argumentos de analogía porque la jurisdicción y la competencia son de orden público; a más que en el presente caso no sería admisible la razón de analogía, puesto que el legislador mismo la descartó tácitamente.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se inhibe de conocer en las presentes diligencias sumarias relativas al Magistrado del Tribunal Administrativo de Bucaramanga, doctor Antonio María Uribe, y ordena devolverlas al Tribunal Superior de dicha ciudad, a fin de que a su vez se sirva remitirlas al funcionario competente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y cúmplase, previa cancelación en los libros de la Corte.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

VEREDICTO INJUSTO

Varias veces ha expresado la Sala que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los Jurados no está subordinada a las condiciones o reglas sobre la certeza legal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

El defensor de Aníbal Amézquita interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a éste a la pena principal de nueve años de presidio como responsable de la muerte de Antonio Correal Bermúdez.

La causal invocada por el recurrente es la del numeral 2º, artículo 567, Código de Procedimiento Penal. Dice en su demanda:

"....estimo y considero que al dictarse la sentencia recurrida se ha producido errada interpretación de la prueba, sobre hechos, desviación en la apreciación de tales hechos y se han considerado elementos de prueba no establecidos con valor probatorio no existentes, dictándose sobre esa construcción falsa de prueba, una sentencia condenatoria a todas luces injusta en un análisis legal de estimación en lo probado en el sumario."

Y entra después en el análisis de las pruebas con el intento de demostrar que no eran suficientes para proferir sentencia condenatoria.

Sobre las pruebas de responsabilidad dijo el Tribunal —cuando confirmó el enjuiciamiento y repitió luégo en la sentencia— lo siguiente:

"No obstante las negativas del acusado, en su contra obran los siguientes elementos que lo exhiben como el matador de Antonio Correal: a) Las declaraciones de David Calderón (folios 14), Joselyn Caballero (folios 15), Pedro Piñeros (folios 19), Rosenda Garzón de Caballero (folios 20) y Julio Chipatecua (folios 26), conforme a las cuales Antonio Correal se encontraba la noche de autos en compañía de los anteriores dentro de la casa de Joselyn, y como tuviera necesidad de salir a la calle a orinar, así lo hizo, regresando pocos minutos después ya herido y manifestando a los presentes que Aníbal lo había apuñaléado; b) El testimonio de María de Jesús Rodríguez (folios 7 vuelto), quien afirma haber presenciado cuando Aníbal Amézquita, de manera sorpresiva y una vez que Antonio Correal hubo de orinar, lo atacó dándole un golpe por el estómago y saliendo luégo en huída. Esta declarante, como consta a folios 10, le sostuvo caracterizadamente a Amézquita los cargos hechos en su primera exposición; y c) La insistencia, desde todo punto de vista sospechosa, en negar que conocía a Antonio Correal, siendo así que según múltiples probanzas del expediente ellos se trataban con anterioridad y aun llegaron a tener un disgusto, en razón de que Correal se negó a fiarle un poco de chicha."

Y como indicio coadyuvante obra el hecho de que el procesado intentó probar la coartada, intento que resultó fallido.

Pero no es necesario que la Corte ensaye una crítica de las pruebas, puesto que el juicio se surtió por la vía de Jurados y así, la sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto; las pruebas del sumario apenas son fundamento mediato de ella.

Si la sentencia recurrida se impugna con el argumento de que las pruebas son deficientes, aun aceptando que tal argumento resultara fundado, con él apenas podría llegar a pensarse en la mera posibilidad de un error.

Varias veces ha expresado esta Sala que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los Jurados no está subordinada a las condiciones o reglas sobre la certeza legal.

En el caso de que ahora se trata y dada la discriminación de pruebas arriba transcrita, mal podría afirmarse que el veredicto carezca de suficiente respaldo probatorio y, menos, que sea contrario a la evidencia, único caso en que el Tribunal sentenciador hubiera podido desecharlo.

No prospera, pues, el recurso.

Conviene adicionar los anteriores considerandos con los pasajes de la vista del señor Procurador Delegado, quien impugna el recurso. Dicen así:

"Anota la Procuraduría que tanto el Juzgado como el Tribunal incurrieron en claro error, que los llevó a sancionar con mucha benignidad la responsabilidad del procesado.

"En efecto, el auto de proceder confirmado por el Tribunal sin reparo alguno, consideró que Anibal Amézquita debía responder en juicio como autor de homicidio con caracteres de asesinato. Al Jurado se le sometieron cuestionarios sobre asesinato, y ese fue el delito específico calificado por los Jueces de derecho. Pero el Tribunal, desacertadamente, lo mismo que el Juez, desnaturalizaron el asesinato y concluyeron por estimar como circunstancia de mayor peligrosidad lo que había sido apreciado como elemento constitutivo de aquella figura. La sentencia del Tribunal resulta, pues, en franco desacuerdo con el auto de proceder y con el veredicto.

"Mas como el Ministerio Público no recurrió ante la Corte, y el recurso sólo fue intentado por la defensa, de ahí que nada pueda hacerse hoy para corregir semejante equivocación.

"Si los juzgadores no estaban de acuerdo con la existencia del asesinato, han debido declarar injusto el veredicto, pero no desconocerlo de un tajo, en una de sus calificaciones sustanciales, para proceder a fallar con independencia de lo resuelto por los Jueces de conciencia. El veredicto, mientras no sea declarado injusto, es obligatorio para los juzgadores, como lo asienta el mismo Tribunal en su fallo recurrido."

Por todo lo dicho, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar y *no invalida*, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, que condenó a Anibal Amézquita a la pena principal de nueve años de presidio como responsable de la muerte de Antonio Correal Bermúdez.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.



Llamamiento a juicio por el delito de prevaricato

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

El abogado doctor Manuel Tiberio Ospina presentó a la Corte una denuncia contra el entonces Magistrado del Tribunal Superior de Buga doctor Miguel Ocampo Patiño por hechos que, en concepto del denunciante, constituyen abuso de autoridad y prevaricato.

Instruído el correspondiente sumario y surtido el traslado del caso al Ministerio Público, el señor Procurador Delegado en lo Penal emitió concepto en el sentido de que se llame a responder en juicio al ex-Magistrado "por alguno de los delitos de que trata el Capítulo V, Título III, Libro I, del Código Penal".

La vista de la Procuraduría trae una extensa relación de los hechos imputados al doctor Ocampo Patiño y transcribe varias piezas del pleito en que actuó dicho señor Magistrado, actuación que ha originado los cargos formulados contra él, y los cuales se pueden sintetizar así:

El veintisiete de febrero de mil novecientos treinta y tres quedó inscrita en el correspondiente libro de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Buga la demanda ordinaria de Angelina Castro contra Jenaro Charry y otros sobre nulidad de un remate y consiguiente restitución de una casa y solar. Charry contestó la demanda el tres de marzo siguiente; el veinte de junio de mil novecientos treinta y cuatro el demandado Charry hizo escritura de venta del mismo inmueble a Belarmina Londoño de Campo, y el Registrador de Instrumentos Públicos de Buga, que a la sazón era el doctor Miguel Ocampo Patiño, inscribió en el registro aquella escritura, no obstante hallarse recientemente registrada la demanda, circunstancia que ponía fuera del comercio el inmueble que era objeto del pleito.

Belarmina Londoño de Campo vendió la finca a Guillermo Rodríguez y éste a Ramón Soto, quien se la vendió a Eduardo Hoyos.

Tales ventas se hicieron mientras se adelantaba el juicio de Angelina Castro contra Jenaro Charry, que finalizó por sentencia del Tribunal Superior de Buga, fechada el diez y nueve de agosto de mil novecientos treinta y nueve, en la cual declaró el Tribunal que la finca era de propiedad de Angelina Castro, y ordenó a Jenaro Charry, de quien dijo que era "actual poseedor", devolver el inmueble a su dueña, con los frutos civiles producidos desde la contestación de la demanda. Esta providencia del Tribunal Superior de Buga aparece suscrita por los Magistrados Hermenegildo Bonilla Gómez (ponente), Alejandro Domínguez y Vicente Rizo R.

En cumplimiento de la sentencia, el Juez *a quo* hizo entrega de la finca, el diez y ocho de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, al apoderado de Angelina Castro, sin admitir la oposición que allí presentó Eduardo Hoyos.

Como el apoderado de Hoyos hubiese pedido reposición de lo decidido en la diligencia por el Juez, tal solicitud fue resuelta por éste en auto de quince de marzo de mil novecientos cuarenta, en el cual —y dada la "identidad jurídica de persona" del opositor, y su primitivo causante— insiste el Juez en rechazar aquella oposición.

Apelado por Hoyos este auto del Juez, subió el asunto al Tribunal; y habiéndole correspondido al Magistrado doctor Ocampo Patiño, el doctor Tiberio Ospina (apoderado de la parte demandante en el juicio terminado), recusó a dicho Magistrado, fundándose en dos motivos: enemistad entre ellos, y haber sido el Magistrado doctor Ocampo Patiño, como Registrador en tiempo anterior, quien había registrado la escritura de venta de Jenaro Charry a otro, registro que se hizo cuando recientemente se había inscrito o registrado en esa misma Oficina la demanda de Angelina Castro contra Charry, relativa a la misma finca.

El Magistrado doctor Ocampo Patiño (julio veintinueve de mil novecientos cuarenta), rindió informe sobre los motivos de recusación propuesta contra él, diciendo que los consideraba infundados, pues ni mediaba enemistad entre él y los señores Ospinas, ni tenía el menor recuerdo de haber inscrito como Registrador la escritura de venta de la finca cuando estaba ya re-

gistrada la demanda sobre esa misma finca. En vista de este informe, los dos Magistrados restantes del Tribunal, doctores Rizo y Romero, negaron la recusación propuesta contra el doctor Ocampo Patiño; en consecuencia, éste siguió conociendo del asunto, y con fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta dictó el fallo, en el cual se declararon "sin valor las diligencias de entrega" de la casa y solar, y se ordenó admitir la oposición a tal entrega, oposición formulada por el apelante Eduardo Hoyos.

Vuelto el expediente al Juzgado, éste ordenó cumplir lo resuelto por el superior (Magistrado doctor Ocampo Patiño), y entregar de nuevo el inmueble a Eduardo Hoyos. Cuando se trató de efectuar esta diligencia se presentó, a su turno, el doctor Tiberio Ospina a hacer oposición conjuntamente con el doctor Heriberto Gómez Jiménez, como dueños de la finca en su calidad de compradores o "causahabientes a título singular de Angelina Castro". No aceptó el Juez tal oposición (diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta), pero unos meses más tarde (junio seis de mil novecientos cuarenta y uno) falló sobre la oposición pendiente de Eduardo Hoyos, en el sentido de declarar que éste "carece de derecho para retener la casa y solar....", y "decreta la restitución de dicho inmueble a la señora Angelina Castro".

De esta providencia apeló Hoyos ante el Tribunal; volvió a proponer recusación el doctor Ospina contra el Magistrado Ocampo Patiño; éste dio informe (julio treinta y uno de mil novecientos cuarenta y uno), insistiendo en que no hay motivo para tal recusación; pero agregó que aceptaba los hechos invocados por el doctor Ospina para recusarlo, y se manifestó impedido; sus otros dos colegas del Tribunal lo declararon separado del conocimiento, y éste pasó al Magistrado doctor Rizo, quien pocos días después (veintidós de agosto de mil novecientos cuarenta y uno) profirió auto por medio del cual se confirmó el apelado, es decir, se declaró que Hoyos no tenía derecho de oponerse a que la finca fuese entregada a Angelina Castro o a sus sucesores. En consecuencia, devuelto el expediente al Juzgado éste entregó la casa y solar en cuestión (diciembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y uno) a los doctores Tiberio Ospina y Heriberto Gómez, "quienes aparecen como dueños de la referida casa", dice el Juez, según escrituras públicas registradas, que presentaron.

Copia de todas estas actuaciones obra de folios 60 a 67 del presente sumario.

La anterior relación de hechos permite formular los conceptos siguientes:

1º El Registrador de Instrumentos Públicos de Buga en el año de mil novecientos treinta y tres, doctor Miguel Ocampo Patiño, inscribió ilegal e indebidamente en los libros a su cargo la escritura de venta hecha por Jenaro Charry de un inmueble que se hallaba fuera del comercio, pues sobre él pendía demanda de restitución entablada por Angelina Castro contra el mismo Jenaro Charry, demanda registrada diez y seis meses antes en aquella Oficina;

2º El pleito de la Castro contra Charry fue fallado en definitiva por el Tribunal Superior de Buga (no siendo el doctor Ocampo Patiño Magistrado todavía) en el sentido de declarár que Angelina Castro era la legítima dueña del inmueble, y que Charry debía restituirlo;

3º Al tratar de cumplirse tal sentencia y de entregarle a la Castro su casa, se opuso a la entrega Eduardo Hoyos, causahabiente del demandado vencido en el juicio; el Juez, por este motivo, no aceptó la oposición;

4º Al doctor Miguel Ocampo Patiño, Magistrado del Tribunal Superior de Buga en mil novecientos cuarenta, correspondió conocer de la oposición a la entrega del inmueble, y a pesar de haberlo recusado la parte interesada, por enemistad entre ella y el Magistrado, y fundándose también en el antecedente de que trata el punto anterior, el Magistrado Ocampo Patiño negó los motivos de recusación y continuó conociendo del asunto;

5º El señor Eduardo Hoyos, para hacer oposición a la entrega de la finca que había sido materia del pleito entre Angelina Castro y Jenaro Charry, se presentó como causahabiente de éste, es decir, del demandado vencido; el Juez negó, como era natural, el pretendido derecho de Hoyos a oponerse a la entrega;

6º Pero el Magistrado Ocampo Patiño declaró sin valor las actuaciones del Juez (que se limitaban a cumplir una sentencia del Tribunal) y ordenó que se volviera a poner en posesión de la finca a Eduardo Hoyos.

La actuación del Magistrado del Tribunal Superior de Buga, doctor Miguel Ocampo Patiño, fue manifiestamente ilegal en el asunto de que se viene tratando, por doble aspecto:

A) Si la decisión que él profirió presuponía que la escritura de venta de Jenaro Charry a otro había sido correcta y válidamente registrada por el ex-Registrador Miguel Ocampo Patiño, ese Magistrado tenía interés en fallar en el sentido que justificara su proceder como antiguo Registrador en el mismo asunto; y no sólo prescindió de tomar en cuenta esta razón de impedimento sino que se opuso a la recusación contra él propuesta. Sobre este punto dice el Procurador de la Nación:

"En su informe manifiesta el doctor Ocampo a sus compañeros de Sala que 'no tenía ni media idea que durante el año de 1934, en que fui Registrador de Instrumentos Públicos del Municipio de Sevilla, hubiera registrado una escritura pública otorgada por el señor Jenaro Charry, y que ese registro hubiera sido posterior al registro de una demanda en un juicio ordinario'.

"Si antes de la recusación no tenia idea del hecho del registro, con el memorial de recusación ya había podido formarse la idea.

"Pero si el Magistrado Ocampo Patiño abrigaba alguna duda de que el recusador señor Ospina estuviera invocando un motivo temerario realizado por el doctor Ocampo, a éste le quedaba muy fácil la gestión necesaria para averiguar la veracidad de lo dicho por Ospina."

Y más adelante:

"No se requería una dosis colosal de delicadeza y de sentido de la responsabilidad para que, el Magistrado a quien se le inculpa de haber cometido un delito al registrar la enajenación del inmueble, sacado fuera del comercio, se hubiera sometido a separarse del conocimiento de un negocio en que se iba a discutir precisamente el derecho que tuviera un opositor para oponerse a la entrega del mismo inmueble, decretada por el Tribunal Superior en litigio perdido por el demandado y cuya demanda había sido registrada en la misma oficina del Registrador que inscribió la compraventa.

"..... ....

"A cualquiera le asalta la creencia de que el Magistrado denunciado tenía interés en que se respetaran los títulos emanados del registro que él mismo, violando sus deberes de Registrador, había llevado a término.

"Este es justamente el indicio grave que encuentra la Procuraduría como fundamento principal para que el Magistrado acusado responda en juicio criminal por el ilegal e injusto auto de 28 de noviembre de 1940."

B) La oposición de Eduardo Hoyos a que se entregara la finca materia del pleito Castro-Charry a su legítima dueña era inadmisible, puesto que en realidad el opositor venía siendo el mismo demandado vencido en el juicio: aceptar la oposición equivalía a negarse a cumplir la sentencia ejecutoriada proferida por el mismo Tribunal Superior de Buga.

El demandante, doctor Tiberio Ospina, atribuye, además, la conducta ilegal del Magistrado Ocampo Patiño a enemistad por motivos de política banderiza, pues los dos pertenecen a corrientes o bandos en fuerte pugna, aunque dentro del mismo partido político. La Procuraduría de la Nación hace acerca de este particular los siguientes comentarios:

"Aquella enemistad pudo no tener el carácter de grave, pero sí es muy elocuente para apreciar la conducta del Magistrado al revocar el auto del Juez en que se desechó la oposición del señor Hoyos por considerar a éste como causahabiente del demandado Charry.

"La animadversión hacia el apoderado de la demandante, como también el interés en que se respetara un título de dominio originado de una infracción penal consumada por el Registrador, que llegó a ser después Magistrado del Tribunal, fueron los móviles que hasta el momento aparecen como motivos para que el funcionario denunciado dictara la providencia de 28 de noviembre de 1940, manifiestamente injusta y notoriamente contraria a la ley."

El señor Procurador de la Nación termina su extensa y razonada vista pidiendo a la Corte que llame a juicio al doctor Ocampo Patiño por el delito de prevaricato, de que trata el Libro Primero del Código Penal, en el Capítulo V de su Título III.

Para resolver, la Corte considera:

Los hechos que en este proceso se imputan al ex-Magistrado del Tribunal Superior de Buga, doctor Miguel Ocampo Patiño, no pueden remitirse a duda, pues resultan claramente comprobados en documentos públicos, según el detenido relato y análisis que de ellos ha hecho la Corte en esta providencia.

Y, por otra parte, figuran en el sumario las comprobaciones legales de la calidad de Magistrado de Tribunal Superior con que obró el doctor Ocampo Patiño (año de mil novecientos cuarenta) y del carácter también oficial de Registrador de Instrumentos Públicos cuando inscribió la venta de Jenaro Charry a Belarmina Londoño de Campo (julio de mil novecientos treinta y cuatro).

Están, pues, reunidos los elementos que para abrir causa exige el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, y por ello la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del Procurador de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, llama a responder en juicio criminal al doctor Miguel Ocampo Patiño, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Buga, por el delito de prevaricato, de que

trata el Capítulo V, Título III, Libro Segundo, del Código Penal, en el cual incurrió dicho señor con motivo de sus actuaciones relativas a un litigio entre Angelina Castro y Jenaro Charry sobre restitución de un inmueble ubicado en el Municipio de Sevilla, Departamento del Valle, actuaciones del doctor Ocampo Patiño consumadas en el año de mil novecientos cuarenta.

El presente auto se notificará al procesado haciéndole saber el derecho que tiene de nombrar defensor (artículo 432, Código de Procedimiento Penal); y para practicar dicha notificación se comisiona al Presidente del Tribunal Superior de Buga, a quien se librará despacho con la inserción del caso. Y ejecutoriada esta providencia el procesado será detenido (artículo 379 ibidem).

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Hernando Carrizosa Pardo, Conjuez; *Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Nulidad del proceso penal por no haber sido asistido el reo por un defensor en la audiencia pública

La Corte ha expresado en varias sentencias que es motivo de nulidad la celebración de la audiencia sin que el procesado esté asistido por un defensor, "al menos cuando éste haya omitido el cumplimiento de ese deber por grave causa, que sea excusa legal".

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

Heraclio Cañón Acosta fue sentenciado por el Juez Segundo Superior de Tunja a la pena principal de veinte años de presidio como responsable de la muerte de Francisco Núñez Q., hecho sucedido el veinticinco de abril de mil novecientos treinta y cinco en la vereda de *Quipe*, jurisdicción municipal de Caldas.

El Tribunal Superior de Tunja confirmó ese fallo, y contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el procesado.

La Procuraduría de la Nación impugna el recurso. Dice el señor Procurador Delegado:

"En el memorial en que el recurrente trata de sustentar el recurso no aduce ninguna de las causales de casación señaladas por la Ley 118 de 1931, ni por el actual Código de Procedimiento.

"Con todo, concreta cargos contra el fallo de segunda instancia, a saber: que el funcionario de instrucción —Alcalde de Caldas (Boyacá)— procedió con manifiesta parcialidad contra el acusado; que la defensa pidió varias pruebas y no fueron practicadas; y que la audiencia pública se celebró sin la asistencia del defensor."

El proceso que culminó con la sentencia recurrida se inició en el año de mil novecientos treinta y cinco, es decir, mucho antes de que entrara en vigencia la nueva legislación penal. Es probable que por esta circunstancia el Procurador de la Nación, no obstante hallar deficiente la demanda, considerara que debía examinar pormenorizadamente los cargos contra la sentencia (artículo 6º, Ley 118 de 1931).

De los tres motivos que invoca el recurrente, a saber: parcialidad en contra suya por ser su enemigo el funcionario instructor, habérsele negado la práctica de pruebas que solicitó, y habérsele juzgado sin la asistencia de defensor, estima la Corte que debe examinarse ante todo este último, porque de resultar fundado, puede entrañar un motivo de nulidad que afecta más radicalmente que las otras el procedimiento.

Aun cuando es verdad, como lo anota el señor Procurador Delegado, que el recurrente no cita por su número de orden las causales de casación a las cuales quiera acogerse, también es cierto que la nulidad aparece planteada en forma suficientemente expresiva en los pasajes del alegato que dicen así:

"Por causa de mi pobreza, me fue materialmente imposible pagar los servicios de un apoderado para que me asistiera durante la investigación de mi negocio, y este hecho sumado a mi ignorancia permitió que se procediera en forma tan ilegal. Asimismo, no obstante que para efectos de mi audiencia pública me fue nombrado defensor de oficio, no asistió a defenderme en mi audiencia, como es de ley, y no obstante mi justo reclamo en el momento de empezar mi audiencia, en que pedí fuera aplazada para que me asistiera mi apoderado, no fue atendida mi solicitud verbal y tampoco se quiso dejar constancia en la respectiva acta, como lo solicité."

Y más adelante expresa lo siguiente:

"....mi audiencia fue celebrada por el nuevo procedimiento, y mi sentencia fue proferida por el viejo.... como tampoco se dio cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 463 y 465 del Código de Procedimiento Penal, a fin de aplazar la audiencia y obligar la asistencia de mi defensor en la misma, todos estos artículos de la ley que invoco no han sido tenidos en cuenta y por lo tanto violados en mi proceso; es en lo que me fundo para llevar de manera respetuosa esta justa alegación en demanda de casación, seguro que esa honorable Corte hará que para el suscrito brille la luz de la justicia en el caso de demanda que les propongo."

Carece de fundamento el reparo de que la audiencia de este proceso se efectuó de acuer-

do con el nuevo Código de Procedimiento y que la sentencia "fue proferida por el viejo". Habiendo ocurrido el hecho delictuoso e iniciándose la investigación tres años antes de la nueva legislación penal, el proceso debía adelantarse de acuerdo con la antigua. Y así se empezó a tramitar; pero abierto el juicio, el defensor pidió reiteradamente al Juez "retrotraer el procedimiento en la causa, a fin de que el plenario se surta, decrete y tramite de acuerdo con las disposiciones procedimentales del Código en vigencia" por estimarlas más favorables al procesado.

Corresponde examinar, pues, el otro punto, o sea el de la indefensión de éste.

Es evidente que el defensor no concurrió a la audiencia y de ello se dejó testimonio en el acta correspondiente. El Fiscal de la causa comentó ante el Jurado tal ausencia atribuyéndola a la gravedad del caso, pues el Agente del Ministerio Público lo consideraba indefensable.

Y el reo, de seguro por incapacidad para hablar, nada dijo en su defensa.

La Corte ha expresado en varias sentencias que es motivo de nulidad la celebración de la audiencia sin que el procesado esté asistido por un defensor, "al menos cuando éste haya omitido el cumplimiento de ese deber por grave causa que sea excusa legal".

No aparece de autos que la ausencia del defensor estuviese justificada, caso en el cual debía el Juez aplazar la audiencia; ni que el procesado hubiese pedido aplazamiento para que lo asistiera su "apoderado", pues el único dato que hay sobre el particular es el dicho del mismo recurrente en su escrito dirigido a la Corte. Pero se observa una circunstancia que si bien puede no ser esencial, siempre es significativa respecto de la nulidad: el Juez no impuso sanción alguna al defensor que dejó en desamparo al procesado en la audiencia. Esta omisión del funcionario que la presidió indica o que vio con indiferencia tan grave situación y esto haría verosímil la queja del reo de que no se le quiso aplazar la audiencia, o bien el Juez consideró que el defensor tenía causa justificativa para dejar de presentarse a alegar ante el Jurado.

De todas maneras, en el presente caso coincide la no comparecencia del defensor ante el Jurado con la falta de notificación del auto que señaló día y hora para la audiencia.

Verdad es que a folio 45 del cuaderno 2º hay una atestación que dice:

"Hoy nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, por medio del empleado del Juzgado que firma y debidamente autorizado por la Secretaría, notifica el auto anterior al señor Fiscal, al procesado Heraclio Cañón y a su defensor doctor Ignacio Gómez Posse. Para constancia firman"; y que al pie de ella aparecen las firmas del Fiscal, el procesado, el "empleado autorizado" (probablemente para hacer la notificación) y el Secretario. Pero no está la firma del defensor.

Dice el artículo 198 del Código de Procedimiento que son causales de nulidad en los procesos penales:

"....5ª No haberse notificado en debida forma el auto en que se señala dia y hora para la celebración del juicio; pero no se declarará la nulidad, si el interesado no notificado concurre a la audiencia. Sólo éste podrá solicitar la anulación del proceso por esta causal";

"La notificación —dice el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal— se practicará leyéndose íntegramente el auto o sentencia a la persona a quien se notifique." Pero es claro que la firma del notificado es elemento esencial de esa actuación y hasta podría decirse que es la prueba de haberse hecho la notificación (artículo 308, Código de Procedimiento Civil).

Los Secretarios deben tener en cuenta que las notificaciones han de surtirse en la forma prevista por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, cuyo inciso final es de clara aplicación en caso necesario. Tal inciso dice lo siguiente:

"Si el notificado no sabe, no puede, o no quiere firmar, se expresa esta circunstancia, y firma por él un testigo que haya presenciado la notificación."

En el caso de que se trata ocurre que donde debiera estar la firma del defensor hay un signo casi ilegible, en el cual —y sabiendo el nombre y los apellidos del defensor— podrían verse cuando mucho los rasgos correspondientes a las iniciales de esos nombres y apellidos; sin embargo, aquello está muy lejos de ser la firma del defensor, y no podría admitirse ni siquiera como la media firma de que algunas veces habla la ley, pues la media firma tolerada consistiría por lo menos en el apellido escrito de puño y letra del defensor, no en un signo cualquiera que a lo sumo sería dable tomar como unas iniciales, y eso no bien legibles.

Las condiciones en que aparece la notificación del auto que señaló día y hora para la audiencia no permiten considerar hecha al defensor tal notificación. Y en todo caso es indudable que el auto no fue notificado "en debida forma", circunstancia esta última que está prevista por la ley como causal de nulidad.

Concurren aquí las dos circunstancias que exige el numeral 5º del artículo 198, Código de Procedimiento Penal, para anular la actuación: "No haberse notificado en debida forma el auto en que se señala día y hora para la celebración

del juicio", y no haber asistido a la audiencia "el interesado no notificado".

Prospera, pues, el recurso por el motivo que el procesado alegó ante la Corte, de no haber sido asistido por un defensor en la audiencia, episodio el más trascendental en los juicios por Jurado, y puesto que el auto que señalaba día y hora para la audiencia no se le había notificado en debida forma al defensor.

Conviene advertir que al invalidar la sentencia recurrida y disponer que al procesado se le juzgue de nuevo, la Corte no emite concepto —favorable ni desfavorable— sobre la responsabilidad de aquél.

Para proferir la presente decisión, la Corte prescinde por completo del hecho delictuoso, y sólo tiene en cuenta la necesidad de que se cumplan estrictamente las formas del procedimiento como regulación y desarrollo que son de la garantía constitucional en favor de todo procesado.

Estima la Corte que mientras más grave sea el cargo imputado a un reo y mientras más ponderosa la prueba que obre en contra suya, el Poder Social debe otorgarle más completa garantía para su defensa.

Y como se observa que en el curso del juicio son varias las notificaciones en las cuales no aparece la firma del defensor sino el signo equívoco y no siempre igual, la nulidad debe retrotraerse a la última actuación indebidamente surtida. Las primeras notificaciones que se le hicieron al defensor sí aparecen firmadas por éste, como puede verse hasta el folio 27 del cuaderno número 2º Pero las demás, a partir del folio 36, en vez de la firma o media firma apenas muestran el confuso signo que se ha interpretado como iniciales del defensor, irregularidad que afecta el procedimiento a partir del auto que ordenó dar traslado a las partes del avalúo de perjuicios, la notificación del cual está a folio 38.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, en desacuerdo 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 *Invalídase* la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el nueve de abril de mil novecientos cuarenta y tres, que impuso a Heraclio Cañón Acosta la pena principal de veinte años de presidio como responsable de la muerte de Francisco Núñez Quiroga;

2º Declárase que la actuación en el juicio contra dicho procesado es nula desde la diligencia de notificación del auto fechado el diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, auto y notificación que aparecen a folio 38 del cuaderno 2º;

3º Repóngase la actuación de ahí en adelante.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Hernando Carrizosa Pardo; Conjuez; *Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R.*, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Nos hemos visto precisados a apartarnos de la precedente decisión que adoptó la mayoría de la Sala, porque consideramos desde un principio —y seguimos considerando— que ni el recurrente alegó causal alguna de casación, ni puede deducirse, más que de una manera muy forzada, que al censurar él la actuación por no haber estado asistido de su defensor durante la sesión del juicio público, quiso y pretendió invocar el motivo 5º de nulidad de que trata el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Además, no siendo el recurso extraordinario de casación una tercera instancia encargada de corregir todas las omisiones y deficiencias que se adviertan en la tramitación, pues este recurso tiene sus límites precisos y bien determinados por la ley, es claro que no todo cargo que se haga en este sentido puede o debe ser examinado para conforme a él ordenar la reposición del proceso.

No le era admisible al procesado Heraclio Cañón Acosta acogerse a la circunstancia de no haber comparecido su defensor a la audiencia pública para impugnar el proceso, porque es el propio *interesado* el único a quien la ley autoriza para formular ese reclamo. De esto no queda duda alguna, pues los términos en que está concebido el artículo que al caso se refiere despejan toda posibilidad de interpretarlo con una amplitud lindante con la exageración: "Sólo éste (el interesado no notificado) podrá pedir la anulación del proceso por esta causal", dice el artículo. Atiéndase a la expresión *"no notificado"*. No se dice siquiera en la disposición que el *interesado* solamente, lo que podría prestarse a entender de la manera que va a continuación este motivo de nulidad: puesto que el procesado y su defensor representan una misma parte en el juicio penal, al hablarse del interesado —a secas— bien puede entenderse que la ley se quiso referir tanto al uno como al otro. Traducción, como se ha visto, imposible, pues los autos que se le notifican al reo o sindicado se le deben notificar al defensor o aporedado del mismo. Y la ley dijo: "Interesado no notificado".

Es, por otra parte, lógico que únicamente se le permita al no notificado hacer la reclamación, porque fue a éste a quien se le dejó de avisar o dar noticia de la práctica de una determinada diligencia del proceso que él debía presenciar o tenía derecho para ello. Y la notificación equivale a tener aviso, a imponerse del acto que ha pasado o del que va a cumplirse.

El doctor Ignacio Gómez Posse, defensor de Heraclio Cañón Acosta, fue advertido debidamente de que el diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos se celebraría la audiencia. En la misma diligencia de notificación en que aparecen las firmas del Fiscal, del procesado, de un empleado del Juzgado y del Secretario, aparecen las iniciales correspondientes al nombre y apellidos del defensor. No asistió él a ese importante acto del juicio, pero firmó la notificación, dándose por sabedor de que se iba a celebrar ese acto, y firmó la notificación de la sentencia sin objeción alguna acerca de ese particular, es decir, sin protesta de su parte, para que de ese modo hubiera luégo lógica en la decisión que ha motivado éste salvamento.

Si es de desearse que todas las personas que suscriban una notificación fírmen al pie de ella de manera clara, este deseo no puede convertirse en una exigencia de las que deban llenarse so pena de no admitir como firma aquella cuyos rasgos sean defectuosos o no logren ser traducidos. No habría entonces firmas ilegibles, firmas que en punto a claridad dicen menos que dos o tres iniciales que correspondan con exactitud al nombre y apellido del firmante.

A la expresión "debida forma" no se le debe dar el alcance que la mayoría cree que tiene. Una diligencia de notificación que no fue autorizada por el Secretario carece de verdadera formalidad. Si en ella se omite la advertencia del acto que se va a realizar o de la providencia que se ha dictado, también es falta grave. Pero si todo ello se halla expreso en la notificación y el notificado se ha impuesto de lo que ocurre o va a ocurrir, sería un poco casuístico sostener que no hubo notificación porque el notificado no firmó claramente o sólo puso sus iniciales. Aun quieren los suscritos que estas irregularidades no se presenten y que los Secretarios les llamen la atención a los interesados por esa manera un poco desdeñosa de actuar en los juicios. Pero esta es labor oficinesca y que podrá tener cumplimiento en las instancias mas no en una Corte de Casación. Y menos todavía para anular un proceso.

Son esas, y no otras, las razones que nos han motivado a disentir, muy respetuosa y comedidamente, de la conclusión a que llegó la mayoría en la sentencia que antecede, conclusión que se funda en premisas que no podemos aceptar.

Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Causal 2a.—Veredicto

1. En el caso del proceso no sería viable la causal 2ª, errada o indebida apreciación en la sentencia de los hechos y de las circunstancias eximentes o modificadoras de la responsabilidad, porque tratándose de juicios por Jurado no puede formularse ese cargo contra la sentencia del juzgador de derecho aisladamente considerada; pues, como en varios fallos ha dicho la Corte, en esta clase de juicios el fundamento inmediato de la sentencia del Juez de derecho es el veredicto, de manera que las pruebas del sumario apenas son fundamento mediato o remoto de la misma.

2. El antiguo Código de Procedimiento Penal disponía que las cuestiones propuestas fueran resueltas por el Jurado con las palabras "sí" o "nó"; pero agregaba aquella ley: "si juzgare que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias diversas deberá expresarlo brevemente en la contestación". (Artículo 48, Ley 169 de 1896). Mediante ese sistema el Juez no estaba en rigor obligado a proponer cuestiones o preguntas formuladas por la defensa, ni ésta tenía, de ordinario, la necesidad de pedirlas o proponerlas; y era lo usual que solicitara más bien al Jurado, si veía como ineludible el veredicto afirmativo, que agregara al "sí" alguna explicación: por ejemplo, "Sí, pero en riña casual", o cualquiera otra circunstancia modificadora. En esta forma podía plantearse y desarrollarse la defensa ante el Jurado. Al estatuír el nuevo Código de Procedimiento que los Jurados respondieran al cuestionario en la forma categórica SI o NO, sin que pudiese agregar explicación alguna, se limitaba el poder de la defensa ante el Jurado a la consecución de una negativa rotunda; y puesto que no siempre puede situarse la cuestión de la responsabilidad en uno de los dos términos inflexibles de SI o NO, los autores del Código estimaron lógico, y además equitativo, compensar la institución del veredicto categórico con la posibilidad de que las partes pudieran sugerir al Jurado otras soluciones distintas, no inverosímiles y, en todo caso, acordes con los diversos matices de la responsabilidad. Ello explica la disposición del artículo 503 del Código de Procedimiento Penal. La Ley 4ª de 1943 cambió el sistema de cuestionarios y volvió al antiguo: restableció la deliberación colectiva del Jurado y suprimió los cuestionarios múltiples, pero en cambio reprodujo, casi textualmente, el precepto del artículo 48 de la Ley 169 de 1896.

En el caso de autos, el proceso en que se dictó la sentencia recurrida se tramitó de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal no reformado aún; de manera que el procesado tenía derecho a la garantía o medio de defensa consistente en pedir todos los cuestionarios que considerara necesarios, y a que el Juez los aceptara.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

Procede la Corte a estudiar la demanda de casación formulada por el doctor Ramón Miranda, como apoderado especial para este recurso, del procesado Pascual Díaz, a quien el Tribunal Superior de Barranquilla, confirmando la sentencia del Juez *a quo*, impuso la pena principal de ocho años de presidio.

El señor Procurador de la Nación, Delegado en lo Penal, dice al concluír su alegato:

"La Procuraduría habría tenido base para pedir que en vista de que prácticamente no hay demanda, a pesar de la autoridad de quien suscribe el escrito del 25 de marzo de 1944, se declarara, de plano, desierto el recurso. Pero prefirió referirse aunque esquemáticamente a los puntos que pudo querer plantear el recurrente, sólo por vía de extensión."

Y al principio de dicha pieza se había expresado el señor Procurador en los términos siguientes:

"En el extenso y casi incomprensible escrito del señor apoderado, redactado a manera de demanda, se hace un relato inconducente de circunstancias ajenas al recurso, para concluír objetando los cuestionarios propuestos a la consideración del Jurado. Más adelante acusa el fa-

llo de estar en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder. Después sostiene que el veredicto es injusto, luégo que hay error en la apreciación de las pruebas, y, finalmente, que la ley penal está mal aplicada.

"Haciendo un supremo esfuerzo por interpretar el pensamiento del demandado frente a la sentencia del Tribunal, la Procuraduría encuentra que las causales de casación que ha querido aducir en el escrito de que se viene haciendo mención, son: la segunda y la primera de las contempladas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal."

Es posible que en la demanda no luzca el orden y la precisión que una rigurosa técnica exige para esta clase de recursos ante la Corte; y que puedan calificarse de sobrantes algunas páginas del alegato del señor apoderado, páginas dedicadas a un análisis de las pruebas más propio para desarrollarlo ante el Jurado.

Con todo, preciso es reconocer que en el escrito del doctor Miranda se encuentran enunciados los motivos o aspectos por los cuales él cree fundadas algunas causales de casación; y cita, en forma inequívoca, señalándolas por los numerales correspondientes del artículo 567, Código de Procedimiento Penal, las causales 1ª, 2ª y 3ª La Sala considera, por ello, exagerado sugerir la posibilidad de una declaración de recurso desierto.

Causales 1ª y 2ª

No podría prosperar como principal la tesis de que la ley penal fue indebidamente aplicada ("motivos" 8º, 9º, 10 y 12, de casación alegados por el apoderado), pues la sanción impuesta por la sentencia recurrida es la señalada por la disposición del Código que correspondia al Juez y al Tribunal aplicar según el veredicto del Jurado; y tampoco sería viable la causal 2ª, errada o indebida apreciación en la sentencia de los hechos y de las circunstancias eximentes o modificadoras de la responsabilidad ("motivos" 1º, 2º, 3º, 6º y 11 del alegato), porque tratándose de juicios por Jurado no puede formularse ese cargo contra la sentencia del juzgador de derecho aisladamente considerada, pues como en varios fallos ha dicho la Corte, en esta clase de juicios el fundamento inmediato de la sentencia del Juez de derecho es el veredicto, de manera que las pruebas del sumario apenas son fundamento mediato o remoto de la misma.

Por esta razón no entra la Sala a examinar la crítica de las pruebas con la cual ensaya el recurrente debilitar el valor demostrativo de ellas, con el visible intento de que se les dé crédito a los motivos de disculpa propuestos por el procesado.

No prospera, pues, el recurso por las causales 1ª y 2ª de casación que en la demanda aparecen sostenidas o desarrolladas como motivos 1º, 2º, 3º, 6º, 8º, 9º, 10, 11 y 12.

Causal 3ª

Deben examinarse ahora los "motivos" 4º y 7º de casación propuestos por el recurrente, en los cuales se halla diluída su argumentación sobre la causal 3ª, o sea no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Dice el apoderado, doctor Miranda:

"Se violó el artículo 498 del Código de Procedimiento Penal porque dejó de aplicársele al formular los interrogatorios", y acusa el fallo del Tribunal diciendo que no se halla en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y que "este motivo (el 12 de la demanda), toma apoyo en el ordinal 3º del artículo 567 del citado Código de Procedimiento Penal".

Como consecuencia de esta negativa del Tribunal se privó al procesado de esenciales medios de defensa.

Al explicar lo que él señala como motivo 3º para impugnar la sentencia, expresa el apoderado lo siguiente:

"En los procesos de naturaleza penal existen tres elementos o presupuestos procesales que deben obrar armónicamente: auto de proceder, calificación y pena. En el auto de proceder que contra Pascual Díaz pronunció el señor Juez Segundo Superior de Barranquilla se encuentran los siguientes pasajes:

'En realidad de verdad, el Juzgado no podría desconocer que en el fondo de esta tragedia existían móviles, pasiones, desavenencias que, aunque no justificaban por motivo alguno el homicidio de estudio, sí marcaban un estado de cosas grave entre víctima y victimario....' 'Un mayor análisis del aspecto honor, de honra, de este expediente, así como la parte sentimental del mismo, será a su debido tiempo estudiado ampliamente en la audiencia pública.'

"Pues bien: esta importantísima parte del pliego de cargos, y naturalmente de descargos que la sociedad, representada por el Juez, formula en relación con el acto de Díaz, esa trascendental parte no tuvo efecto ni desarrollo, porque el Tribunal, al negar las dos cuestiones presentadas por la defensa, cerró el camino por el cual los señores Jueces de hecho hubieran podido llegar a decir cómo calificaban los Jueces de conciencia los móviles, pasiones, desavenencias, cuánto pesaba en su ánimo el aspecto honor, de honra, que forman la trama viva del acto humano cuya calificación, por este motivo, quedó incompleta, trunca, fue apenas parcial y por eso equivocada, injusta. Esa errónea califica-

ción hecha por el Jurado, sin culpa de sus miembros, determinó una inconformidad entre el auto de proceder y la sentencia."

La Corte, para resolver, considera:

Preciso es reconocer que el auto de enjuiciamiento, aun cuando aceptó que en la audiencia ante el Jurado podría hacerse "un mayor análisis del aspecto honor, de honra, de este expediente" (sic), "así como la parte sentimental del mismo", no dijo categóricamente que en el homicidio cometido por Pascual Díaz hubiesen concurrido circunstancias eximentes de responsabilidad, ni siquiera una modificadora tal como el estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación. Se limitó a mencionar el posible motivo del crimen (sentimiento de honor); y aun al lado de esa apreciación, el enjuiciamiento trae los siguientes significativos pasajes:

"Comentarios, chismes y rumores callejeros parecen ser, según el sindicado, los motivos que lo indujeron a cometer este homicidio en la forma en que lo hizo. Lo pretextado por el sindicado de que Villa se le fue encima y que él no hizo sino esperarlo clavándole el cuchillo, es una flagrante falsedad desvirtuada por todas las probanzas del informativo, pues plenamente se encuentra establecido que a mansalva y sobreseguro mató Díaz a Villa. Precisamente la forma como Díaz diera muerte a Villa, la imprevisión por parte de éste del hecho delictuoso que en su contra se iba a cometer, su indefensión, inferioridad personal en esos momentos, hacen que los móviles de honor, de dignidad, de respeto, a que tánto hace referencia el sindicado en el informativo, pierdan todo su valor para trocarse en un homicidio corriente y vulgar. No satisfecho el homicida con sus múltiples razones justificativas de su reprobable acto, nos trae una frasecita muy trajinada, muy manoseada por los transgresores de la ley penal. Díaz, como tántos otros vulgares delincuentes, expresa que Villa le dijo: 'Hijo de puta; ahora vamos a arreglar este asunto.' Pero ni hubo tal frase, ni hubo agresión material alguna por parte de Villa. Pascual Díaz, movido posiblemente por una chismografía callejera de nulo valor pero que él era el primero en correar, buscó, encontró y dio muerte a José Domingo Villa en la calle Murillo, carrera Concordia de esta ciudad. Su homicidio es vulgar, reprobable y merecedor en todo caso de los quince años de prisión de que él mismo hablara cuando ejecutó el delito.

"Las múltiples pruebas traídas al expediente por la defensa para establecer el temperamento agresivo de la víctima sobran en el caso de estudio, pues si bien es cierto que Villa era temperamentalmente violento, agresivo, jamás dio muestras de esta conducta con Díaz o con la familia de éste. Ninguna prueba existe en el informativo de que Villa en forma o en tiempo alguno ofendiera a Díaz de palabras o de obras.

"Supuestas e inexistentes infidelidades, rumores, decires, chismes, es lo único real que se desprende como móvil aducido por Díaz. Nada cierto, real y serio como justificativo del delito se ha traído al expediente. El delito por honor exige elementos de justificación más elocuentes que rumores y chismes callejeros. Para concluir este auto, no está de más expresar que, como bien lo sugiere el Agente del Ministerio Público en su vista de fondo, es muy posible que Pascual Díaz hubiera planeado su delito con una prudencial anticipación."

Por este aspecto, pues, de incongruencia del fallo condenatorio con el auto de proceder, no resulta fundado el recurso.

Otra faz del asunto sería la relativa a haberse negado el Tribunal a que le fuesen propuestas al Jurado las dos preguntas o cuestionarios que el defensor solicitó oportunamente. Este cargo contra la sentencia, que el señor abogado del recurrente propone como violación del artículo 503, Código de Procedimiento Penal, lo refiere ya a la causal 2ª de casación, ya a la 1ª; e hilando un poco delgado hasta podría hallarse en el alegato alguna relación entre este punto o motivo de casación y la causal 3ª

El defensor del procesado solicitó del Juez, a su debido tiempo, que adicionara el cuestionario elaborado por éste con otras dos preguntas relativas a "la necesidad de defenderse a sí mismo de una violencia actual e injusta", y la preterintencionalidad del delito. El Juzgado accedió a lo pedido y ordenó incluir tales preguntas en el cuestionario; pero como el apoderado de la parte civil hubiera apelado de esta decisión, el respectivo Tribunal Superior la revocó por considerar que las pruebas del sumario tenían "fuerza de convicción para excluir, como a juicio del Tribunal lo excluyó, el que hubiese procedido Díaz en uso del derecho de legítima defensa"; y porque el "tercer cuestionario, como el otro, no está hecho o formado sobre da base del auto de proceder."

Aun cuando el elemento de subjetividad que implica la tesis de la defensa putativa pueda no considerarse como inverosímil por claros que aparezcan en un caso concreto los hechos objetivamente considerados, es también posible que la cuestión relativa a legítima defensa originada en violencia actual e injusta no tuviera en el proceso un respaldo suficiente.

Pero la otra pregunta, relativa a la preterintención, era más difícil desecharla por cuanto se refiere a un elemento psicológico de la

responsabilidad que, por definición, corresponde al Jurado resolver. Lo mismo si el defensor hubiera planteado la cuestión de ira o intenso dolor. Este cargo, haberse proferido la sentencia en un juicio en el cual se privó al procesado de legítimos y primordiales medios de defensa, podría haber hecho prosperar el recurso de casación si se hubiese alegado la causal 4ª: ser la sentencia "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.".

Considera la Corte que erró el Tribunal Superior de Barranquilla cuando rechazó la solicitud del defensor relativa a que se formularan dos cuestiones al Jurado, sobre legítima defensa la una y sobre preterintención la otra. Y erró, por las siguientes razones:

El antiguo Código de Procedimiento Penal disponía que las cuestiones propuestas fueran resueltas por el Jurado con las palabras "SI" o "NO"; "pero, agregaba aquella Ley, si juzgare que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias diversas debe expresarlo brevemente en la contestación" (artículo 48 de la Ley 169 de 1896).

Mediante ese sistema el Juez no estaba en rigor obligado a proponer cuestiones o preguntas formuladas por la defensa, ni ésta tenía, de ordinario, la necesidad de pedirlas o proponerlas; y era lo usual que solicitara más bien al Jurado, si veía como ineludible el veredicto afirmativo, que agregara al SI alguna explicación: por ejemplo, "Si, pero en riña casual", o cualquiera otra circunstancia modificadora.

En esta forma podía plantearse y desarrollarse la defensa ante el Jurado.

Al estatuir el nuevo Código de Procedimiento que los Jurados respondieran al cuestionario en la forma categórica SI o NO, sin que pudiesen agregar explicación alguna, se limitaba el poder de la defensa ante el Jurado a la consecución de una negativa rotunda; y puesto que no siempre puede situarse la cuestión de la responsabilidad en uno de los dos términos inflexibles de SI o NO, los autores del Código estimaron lógico, y además equitativo, compensar la institución del veredicto categórico con la posibilidad de que las partes pudieran sugerir al Jurado otras soluciones distintas, no inverosímiles, y, en todo caso, acordes con los diversos matices de la responsabilidad.

Ello explica por qué el artículo 503 del Código de Procedimiento Penal dispuso:

"Las partes, dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto en que se formulen los cuestionarios, tendrán derecho de pedir al Juez, y éste deberá aceptarlo, que se propongan también al Jurado todos los cuestionarios que consideren necesarios, siempre que estén de acuerdo con las normas señaladas en el artículo 498."

La Ley 4ª de 1943 cambió el sistema de cuestionarios y volvió al antiguo: restableció la deliberación colectiva del Jurado y suprimió los cuestionarios múltiples, pero en cambio reprodujo, casi textualmente, el precepto del artículo 48 de la Ley 169 de 1896, estatuyendo lo siguiente:

"Los Jurados deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios con un 'SI' o un 'NO'; pero al juzgarse que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expuestas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo brevemente en la contestación."

El proceso en que se dictó la sentencia recurrida se tramitó de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal no reformado aún; de manera que el procesado tenía derecho a la garantía o medio de defensa consistente en pedir todos los cuestionarios que considerara necesarios, y a que el Juez los aceptara. Esta garantía le fue negada, contra lo que preceptúa el artículo 22 de la Constitución: "Nadie podrá ser juzgado sino.... observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"; y en el juicio por Jurados la que el Tribunal desechó era una de las más esenciales, pues de las cuestiones que el defensor solicitaba se propusieran al Jurado debió admitirse, cuando menos, la relativa a preterintención.

Pero como el recurrente alega solamente las causales 1ª, 2ª y 3ª, y no invocó la causal de nulidad, la casación no puede prosperar porque el artículo 568, Código de Procedimiento Penal, dispone de manera terminante lo siguiente:

"La Corte no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido alegadas expresamente por las partes."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y *no invalida*, la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, fechada el ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, que condenó a Pascual Díaz a la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de José Domingo Villa.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo,—Julio E. Argüello R., Secretario,

VEREDICTO

Tratándose de juicios por Jurado, en el veredicto se contienen sintéticamente los elementos esenciales del hecho incriminado y de la responsabilidad.

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

El veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y siete, a eso de las diez de la mañana, hallándose Mardoqueo Prada y su esposa Josefina Carvajal en su casa de habitación, ubicada en el punto de *El Carrizal,* jurisdicción de Molagavita, se presentaron allí tres hombres y dieron muerte: a Mardoqueo, en la sala de la casa, con disparos de revólveres; y luégo a Josefina, de un tiro de Grass, en momentos en que se hallaba detrás de la casa llamando a gritos a su cuñado Abdón para que acudiera en su defensa, y suplicándole perdón al agresor.

Los atacantes resultaron ser Pedro Moreno, Juan de Jesús Muñoz Basto y Gregorio Alvarez, reo ausente este último.

Así se describe sintéticamente el hecho criminoso en el auto que profirió el Tribunal de Bucaramanga al conocer por apelación del auto de proceder dictado por el Juzgado Primero Superior de ese mismo Distrito.

Seguido el juicio con Moreno y Muñoz, el Jurado declaró responsable al primero de haber dado muerte voluntariamente a Mardoqueo Prada y a Josefina Carvajal de Prada; y a Juan de Jesús Muñoz Basto lo declaró responsable de los dos homicidios, "como cooperador", expresa el veredicto.

El Juzgado impuso a Pedro Moreno Jaimes la pena principal de veinte años de presidio "como autor responsable del doble delito de homicidio", y a Juan de Jesús Basto la de siete años y medio de presidio "como cooperador del mismo delito".

Confirmada por el Tribunal Superior la sentencia condenatoria, contra ella interpuso casación Juan de Jesús Muñoz.

El señor Procurador de la Nación —Delegado en lo Penal— observa que el recurrente alude a las causales 1ª, 2ª, 4ª y 5ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal, no obstante que este negocio se inició con anterioridad a la vigencia de ese Código, por lo cual dicho funcionario interpreta el escrito de casación en el sentido de que quiso referirse a las causales contempladas por la Ley 118 de 1931.

"El escrito del acusado (dice el señor Procurador) es quizás propio para una instancia del juicio, pero no para recurso extraordinario como el de casación. No hace capítulos separados de las causales, y dos de ellas las dejó sin estudio alguno, limitándose a consignar simples afirmaciones.

"Sólo hace cargos concretos al fallo de segunda instancia en lo referente a la nulidad del juicio y a la mala aplicación de la ley penal. Por consiguiente, a esos motivos deberá referirse este Despacho."

Sobre la causal de nulidad (sea que se aluda a la 2ª de la Ley 118 de 1931 o a la 4ª del artículo 567 del nuevo Código de Procedimiento Penal), nada tiene que agregar la Corte a los pasajes de la vista del señor Procurador, que dicen lo siguiente:

"2ª causal.—Nulidad de la causa.

"Sustenta esta causal en el hecho de no haberse celebrado la audiencia en el día y horas señalados, sin un justo motivo para ello.

"Es verdad que la audiencia tuvo varios aplazamientos, pero todos ellos justificados: ya porque el defensor de los procesados manifestó que no podía atenderlos a ambos (Pedro Moreno y Juan de J. Muñoz), en virtud de ser inconciliable su situación jurídica (folios 39 del cuaderno B), ya porque no pudo notificarse el auto de señalamiento de la audiencia a dos Jurados que estaban ausentes (folios 40), ya porque en el segundo señalamiento el señor defensor de Muñoz no pudo concurrir, pues tenía pendiente otra audiencia para ese día (folios 43), fuéra de que tampoco pudo notificarse el auto al defensor de Moreno, ya porque en la tercera ocasión, un Jurado se encontraba ausente (folios 45), y así, por causas atendibles de esa naturaleza, hubo de dilatarse la celebración del juicio.

"Lo que quiere decir que la transferencia de la audiencia no obedeció a un simple capricho

del Juez, sino a inconvenientes plenamente justificados. Además, con ello no se cercenó el derecho de defensa, puesto que el día en que tuvo lugar la audiencia, el acusado Muñoz estuvo suficientemente atendido por un defensor de la talla del doctor Manuel Serrano Blanco, quien hizo un grande esfuerzo por conseguir un veredicto absolutorio para su cliente.

"En tal virtud, la causal 2ª carece de fundamento."

Ahora: si al invocar la causal 2ª de casación el recurrente quiso referirse no a la Ley 118 de 1931 sino al artículo 567 del nuevo Código de Procedimiento Penal, bastaría para desecharlo tener en cuenta que este juicio se surtió con la intervención del Jurado y que, por consiguiente, la aplicación de las pruebas no la hizo el sentenciador de manera directa sino a través del veredicto, de suerte que éste es el fundamento inmediato del fallo.

Por lo demás, obra en el proceso un acervo probatorio que respalda suficientemente el veredicto.

Causal 5ª

Dice el recurrente:

"Invoco también, señor Magistrado, el inciso 5º del artículo 567 de la ley adjetiva, porque en la sentencia no se expresó clara y terminantemente *sobre hechos que se consideran probados.*"

Esta afirmación o reparo contra la sentencia no es exacto, pues el fallo recurrido tornó a hacer una relación de los hechos y de las pruebas. Además, tratándose de juicio por Jurado, en el veredicto se contienen sintéticamente los elementos esenciales del hecho incriminado y de la responsabilidad. De suerte que esta causal tampoco resulta fundada.

Causal 1ª—Errónea aplicación de la ley penal.

Advierte el señor Procurador Delegado cómo el doble homicidio de que trata este proceso no podía reputarse simplemente voluntario; y que, por consiguiente, hubo lenidad de los juzgadores de instancia al calificarlo así; que, de otro lado, dadas las circunstancias de mayor peligrosidad a que aluden los numerales 3º, 5º, 6º, 7º y 9º del artículo 37 del Código, no era posible aplicar a los procesados tan sólo el mínimo de la sanción imponible; y, por último, que el recurrente Muñoz no tiene la razón al afirmar que "se le comunicaron" las circunstancias materiales tenidas en cuenta para Moreno.

El Juzgado *a quo* hizo el cómputo de la pena imponible a Pedro Moreno Jaimes según el antiguo Código (vigente al tiempo del delito), y concluyó que la nueva ley penal le es más favorable. Razonó el sentenciador así:

"El homicidio meramente intencional tiene una sanción en el nuevo Código Penal, que fluctúa entre los ocho y catorce años de presidio (artículo 362).

"No puede aplicarse en el caso de autos el mínimo de la sanción porque contra el procesado Moreno obran las circunstancias de mayor peligrosidad de haber matado a Mardoqueo Prada y a su mujer Josefina Carvajal abusando de las circunstancias desfavorables y de inferioridad en que se encontraban para defenderse, pues el ataque fue sorpresivo y alevoso, pero tampoco habrá de fijarse el máximo porque en su favor vive la circunstancia que atenúa la responsabilidad, cual es su falta de ilustración (artículo 39 del Código Penal).

"Concurriendo circunstancias de mayor peligrosidad y de menor, y atendiendo al criterio que informa el espíritu de la actual legislación penal, se aumenta por esta causa en dos años la pena al procesado.

"Pero como Pedro Moreno fue declarado responsable y como autor de dos homicidios ha de aplicársele lo dispuesto por el artículo 33 del Código Penal, conviene a saber: aumentar la pena hasta en otro tanto. Siguiendo un criterio de justicia y de equidad se aumentará por esta causa en cinco años la pena que debe imponerse al acusado. En consecuencia, la sanción que ha de aplicarse a Moreno por razón de los delitos de homicidio cometido en Mardoqueo Prada y en su mujer Josefina Carvajal de Prada, será la de quince años de presidio."

Este razonamiento fue acogido y aun transcrito por el Tribunal en su sentencia, y acerca de él nada tiene que resolver la Corte por no haber recurrido en casación Pedro Moreno Jaimes.

Ahora: en cuanto a Juan de Jesús Muñoz Basto, dijo el Tribunal sentenciador, repitiendo lo pertinente del fallo de primera instancia:

"Atrás se dejó dicho que era de las constancias procesales de donde debía deducirse la naturaleza y clase de la cooperación prestada por el acusado Muñoz en la perpetración de los delitos de que se viene haciendo mérito, y quedó establecido que esta cooperación, dada la prueba que sobre el particular suministra el expediente, no consistió en otra cosa que en la de haber acompañado sin concierto previo al autor del delito, pero sabiendo que iba a cometer una acción delictuosa. Determinada así la participación de Muñoz Basto, y visto que éste no cooperó en la consumación de los delitos en otra forma que en la de la compañía, hà de concluírse que su participación no tomó los caracteres de necesaria por cuanto el delito bien hubiera podido consumarse y ejecutarse sin su auxilio o cooperación.

"Siendo que la cooperación de Muñoz en la ejecución del delito fue secundaria, el artículo por él infringido fue el 20 del Código Penal, y por lo tanto es la sanción establecida en ese artículo la que debe aplicarse al procesado.

"De acuerdo con esta disposición penal la pena que ha de aplicarse al acusado será la de la sanción correspondiente al delito, disminuída de una sexta parte a la mitad. En el caso de autos, la pena que correspondió al delito fue la de quince años de presidio; es, pues, sobre esta base sobre la cual ha de hacerse la disminución ordenada por la ley.

"Pero como contra el procesado Muñoz obran las mismas circunstancias de agravación y de atenuación deducidas contra y en favor del acusado Moreno, la disminución a que hace referencia la ley será la de la mitad, correspondiéndole así al acusado Muñoz la pena de siete años y medio de presidio con las accesorias legales.

"El señor Fiscal pide que se aumente la pena de Muñoz porque habiendo agravantes no se puede reducir la pena en la mitad sino en menos; pero el Tribunal no está de acuerdo porque las circunstancias de mayor peligrosidad que contra Muñoz existen se tuvieron en cuenta para aumentar la pena del primer delito a diez años, y si se obrara como pide el señor Fiscal se tomarían en cuenta dos veces para distintos aumentos, lo que no es jurídico."

No aparece de autos comprobación de que Muñoz Basto hubiese disparado sobre Mardoqueo Prada y Josefina Carvajal de Prada, pero sí es innegable que llevaba arma de fuego y que iba en el mismo doloso ánimo del que último a los esposos Prada Carvajal. Quizá por no haber disparado fue por lo que el Jurado lo calificó apenas como cooperador.

Es ambiguo el pasaje de la sentencia que dice: "En el caso de autos, la pena que correspondió al delito fue la de quince años de presidio", porque si el sentenciador estaba aplicando el nuevo Código no era adecuado calcular la sanción correspondiente a Muñoz Basto como una fracción o cuota parte de la impuesta al autor principal, sino que debía tratar de individualizarse la pena por las condiciones o circunstancias personales del cómplice.

Pero el error de apreciación o, mejor, de enunciación acerca de este punto no afecta lo fundamental del fallo si se considera que el grave delito de Moreno y Muñoz Basto fue juzgado más bien con lenidad —como ya se apuntó—, y que, por consiguiente, la sanción asignada a Muñoz Basto, lejos de ser excesiva resultó benigna, dada la gravedad y modalidades de los hechos delictuosos. Y por otros aspectos tampoco aparece que la ley penal hubiese sido mal aplicada, de manera que a la faz de esta causal no prospera el recurso.

A mérito de lo expuesto, y de acuerdo con el señor Procurador de la Nación, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, 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 Bucaramanga, fechada el diez y seis de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, que impuso a Juan de Jesús Muñoz Basto la pena principal de siete años y medio de presidio como cooperador responsable del doble homicidio consumado en Mardoqueo Prada y Josefina Carvajal.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Eduardo Piñeros y Piñeros.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Veredicto.—Principio de favorabilidad

1. En los juicios por Jurado el veredicto es la base para la sentencia y sirve de derrotero para la aplicación de la ley penal.

2. El principio de favorabilidad, consignado en los artículos 44 de la Ley 153 de 1887 y 3º del Código Penal, no permite comparar dos artículos del mismo Código para atenerse al que asigne pena más suave, sino que se refiere a la comparación entre la ley vigente al tiempo del delito y una ley posterior a él, a fin de que se prefiera, entre las dos, la que resulte más benigna.

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Versa este proceso acerca del delito de homicidio cometido en la persona de Juan Jaime, hecho que ocurrió en jurisdicción del Municipio de Hacarí el diez y ocho de julio de mil novecientos treinta y siete.

De las numerosas declaraciones rendidas en el sumario resulta que a eso de la una de la tarde del mencionado día transitaba Juan Jaime por un camino de la fracción llamada *Quebrada de Locutama* en compañía de ocho o nueve personas, cuando de pronto fue acometido por unos hombres que se hallaban como apostados al pie de un árbol, quienes le asestaron machetazos y aun caído continuaron dándole hasta dejarlo en situación tal que falleció veinte horas después.

El Juzgado Superior de Pamplona llamó a responder en juicio criminal por este delito a Natividad Galvis, Rito Julio López, Eleno Galvis, Pedro Emilio Galvis, Víctor Manuel Páez y Rito Antonio Páez; y adelantado el proceso por la vía del Jurado, éste contestó afirmativamente las cuestiones que se le propusieron respecto de los dos primeros, y negativamente las cuestiones relativas a los demás sindicados. Con base en tal veredicto el Juzgado Superior de Pamplona, estimando ley más benigna el Código de 1890 vigente al tiempo del delito, y con aplicación de este Código, impuso a Natividad Galvis y a Rito Julio López la pena de veinte años de presidio, como responsables de asesinato, y absolvió a los demás procesados, fallo que fue confirmado por el respectivo Tribunal. Contra la sentencia de este último los reos a quienes se condenó interpusieron casación.

Ante la Corte alegaron los reos primero directamente, pidiendo su absolución con el argumento de que al dar muerte a Jime lo hicieron en legítima defensa; y después constituyeron apoderado, quien sostuvo no ya esa tesis extrema de absolución, pero sí la de que hubo error en cuanto a la ley aplicada, ya que, en concepto del señor abogado el caso debía haberse calificado como homicidio simplemente voluntario y no como asesinato.

Impugnó el recurso el señor Procurador Delegado en lo Penal doctor Jorge Gutiérrez Gómez, y por eso, al ingresar a la Corte como Magistrado, se declaró impedido para conocer del asunto; la Sala aceptó la existencia del impedimento, y hubo de ser reemplazado por el Conjuez, que interviene en el pronunciamiento del presente fallo de casación.

La Corte, después de examinar los escritos de la parte recurrente, y de confrontar la sentencia con ellos y con el proceso, todo a la luz de la ley, ha encontrado que este recurso de casación no puede prosperar, como se demuestra en la vista del precitado doctor Gutiérrez Gómez, ex-Procurador de la Nación.

Y puesto que las razones que en dicha pieza se exponen de modo tan claro como lógico las encuentra esta Sala suficientes, para evitar inútiles paráfrasis o repeticiones las reproduce en seguida como fundamento o motivación del presente fallo. Dice así lo pertinente del concepto emitido por la Procuraduría:

"Aunque el señor apoderado no cita ninguna de las causales a que se refiere el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, aplicable a este negocio, sin embargo, por los epígrafes que les pone a los cargos que formula contra la sentencia del Tribunal, se deduce que la causal invocada por aquél es la primera del expresado artículo.

"Primera causal.

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma."

"El señor apoderado le hace tres acusaciones al fallo del Tribunal:

"1ª Aplicación indebida del artículo 856 del Código Penal, puesto que esta disposición se refiere al abuso de confianza y no al delito de homicidio, que es el hecho que se juzga aquí.

"2ª Interpretación errónea del artículo 586 de la misma obra, porque en el expediente no están demostradas las circunstancias constitutivas de asesinato; y

"3ª Consecuencialmente, violación del principio según el cual, en caso de duda, hay que fallar en favor del reo, y entonces el Tribunal debió aplicar la pena correspondiente al homicidio voluntario, no la del asesinato.

"Se responde:

"a) El primer cargo se funda en un motivo baladí, como es el *lapsus calami*, en que incurrió el Tribunal al citar el artículo 856 del Código Penal, en vez del 586 del mismo estatuto, que era el pertinente.

"Si a los procesados se les llamó a juicio por homicidio-asesinato; si los veredictos del Jurado versan sobre el mismo cargo; y si la sentencia no hizo otra cosa que desarrollar lo resuelto por los Jueces de conciencia a ese respecto, es claro que no hay confusión posible acerca de la disposición penal infringida, que era la referente al asesinato, y no al abuso de confianza, figura completamente extraña al debate.

"La alusión al artículo 856 fue una simple equivocación del Tribunal, que a renglón seguido subsanó en el fallo con la cita de los artículos 597, 598 del Código, y artículo transitorio B del Acto legislativo número 3 de 1910, disposiciones todas relativas al delito de asesinato.

"Por tanto carece de fundamento este cargo.

"b) En los juicios por Jurado, el veredicto es la base para la sentencia y sirve de derrotero para la aplicación de la ley penal.

"El Tribunal consideró infringido el artículo 586 del Código en vista de que los acusados fueron llamados a responder en juicio por asesinato, y en atención a que el Jurado así los declaró culpables. Era, por consiguiente, menester que se hubiese alegado la causal sobre notoria injusticia de los veredictos para que, en el evento de que ella prosperase, correspondiera a un segundo cuerpo de Jurados la supresión de los elementos esenciales del asesinato. Sólo así podríase aplicar el artículo 587 que invoca el demandante.

"Pero la causal de injusticia no se ha planteado, ni era pertinente sustentarla ante la Corte, porque el punto no se debatió previamente en las instancias, requisito éste indispensable al tenor del artículo 3º, ordinal 5º, de la Ley 118 de 1931.

"Por otra parte, cabe anotar que el veredicto del Jurado no es evidentemente injusto, puesto que existen los testimonios de Gregorio y Maximina Navarro, Basilia Herrera, José del Carmen Ascanio y Eduvigis Sánchez, quienes presenciaron el ataque sorpresivo e inmotivado que los acusados le hicieron a Juan Jaime, a quien acribillaron a machetazos de manera cobarde. Tal como fue ultimado Jaime, el hecho revistió los caracteres de un asesinato.

"De suerte que lo resuelto por los Jueces de conciencia tiene un amplio y sólido respaldo probatorio, que hace impertinente la solicitud sobre aplicación del artículo 587 del Código Penal relativo al homicidio simplemente voluntario, y menos la absolución por legítima defensa que alegan los procesados.

"En la audiencia el señor defensor analizó como a bien tuvo aquellos testimonios y no logró destruir o debilitar su valor probatorio ante los Jueces de hecho, seguramente porque, como lo observa con todo acierto el señor Juez de la causa, 'nadie ha presentado la más pequeña tacha contra los testigos de cargo, quienes al rendir sus exposiciones lo hicieron en forma tan espontánea, tan sincera y tan convincente que sus mismas contradicciones, que sus mismas apreciaciones no de un todo armónicas, nos están diciendo que cada cual se ha concretado a relatar la verdad de lo que vio, de lo que presenció, de lo que oyó, de lo que pudo captar en el sangriento drama de que fueron testigos. Y es que los sindicados ni siquiera se han atrevido a negar en forma sostenida la presencia de aquéllos en el teatro del crimen'.

"En tal virtud, el segundo cargo contra la sentencia resulta igualmente desechable; y

"c) Tampoco es atendible el último motivo de casación presentado por el demandante, esto es, que no apareciendo establecidas las circunstancias de asesinato, por vía de duda y amplitud, debe estarse a lo más favorable a los reos, considerándolos como autores de homicidio simplemente voluntario.

"Se repite que si el veredicto, de acuerdo con el auto de proceder, planteó un homicidio ejecutado con los más altos caracteres de gravedad, y si ese veredicto no fue declarado injusto, el Juez y el Tribunal tenían que reprimir el hecho como asesinato; de lo contrario, su fallo se habría puesto en contradicción palmaria con la realidad procesal y hubiera sido vulnerable de acuerdo con la causal cuarta de casación.

"Los acusados, en uno de sus memoriales, afirman que se quedaron sin defensa en el acto de la celebración de la audiencia pública. Pero este aserto es por demás injusto, ya que basta leer el acta de esa diligencia para convencerse del tesonero esfuerzo que hizo el señor defensor en busca de una mejor situación jurídica para sus clientes."

Hasta aquí lo dicho por el señor Procurador, a lo cual agrega la Corte:

En la parte final de su alegato dice el señor apoderado que la sentencia es violatoria del artículo 44, Ley 153 de 1887, según el cual debe aplicarse la ley más favorable al procesado. Además de esta cita legal podría aducirse la del artículo 3º del Código Penal, más pertinente acaso.

Pero este reparo contra la sentencia no es aceptable:

1º Porque con él pretende el señor apoderado que en vez de aplicarse el artículo 587 del Código Penal (de 1890) se aplique el artículo 600 ibídem; y es claro que el principio de favorabilidad consignado en las disposiciones arriba citadas no permite comparar dos artículos del mismo Código para atenerse al que asigne pena más suave, sino que se refiere a la comparación entre la ley vigente al tiempo del delito y una ley posterior a él, a fin de que se prefiera, entre las dos, la que resulte más benigna; y

2º Porque el Juzgado *a quo* había dicho lo siguiente, que el Tribunal acogió al incorporarlo en su sentencia:

"....descartada toda circunstancia de menor peligrosidad en contra de los responsables, tocaría imponerles pena corporal mayor de veinte años." Y el Tribunal dijo más enfáticamente: "La pena es más benigna en el Código Penal antiguo, pues en el nuevo serían veinticuatro años."

Las apreciaciones de los juzgadores de instancia sobre la gravedad y modalidades del hecho delictuoso acerca de la personalidad de los procesados o sobre las circunstancias de mayor peligrosidad no han sido materia del recurso; y la Corte tampoco tendría razón válida para desvirtuar la afirmación que dichos juzgadores formularon de que al aplicar el nuevo Código tendrían que imponer a los reos una pena de cuantía superior a la de veinte años que les asignaron.

No prospera, pues, el recurso.

Pero conviene advertir que no obstante habérseles impuesto a los recurrentes la pena de veinte años de presidio como fija por ser sustitutiva de la pena capital, a su debido tiempo y mediante el cumplimiento de los requisitos legales siempre podrá otorgárseles la libertad condicional de que tratan el artículo 85 del nuevo Código Penal y disposiciones concordantes, por cuanto en él se eliminó la pena máxima de duración fija, y teniendo en cuenta lo previsto, cabalmente para casos como éste, por el nuevo Código de Procedimiento Penal en su artículo 6º

Con base en las razones expresadas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y *no invalida*, la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Rito Julio López y Natividad Galvis la pena principal de veinte años de presidio como responsables de asesinato consumado en la persona de Juan Jaime.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Guillermo Morales Peña, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.*, Secretario.

VEREDICTO

En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los Jurados no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

El señor Procurador Delegado en lo Penal conceptuó que debía declararse desierto el recurso de casación interpuesto por Efraím Orozco Niño contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que lo condenó a nueve años de presidio. Sin embargo, el mismo señor Procurador entra a rebatir en su vista los argumentos que el procesado adujo para sustentar su pretensión; y por eso mismo la Sala ha considerado que no se trata propiamente de un recurso desierto y que debe, en consecuencia, fallar sobre el fondo mismo de la cuestión.

Aun cuando el memorial, originario de la cárcel de Bucaramanga, resulte deficiente como demanda de casación, la verdad es que invoca las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal, y que las explica —bien o mal— pero en capítulos o párrafos separados.

Para mejor apreciar el valor de los cargos que el procesado formula contra la sentencia conviene transcribir el relato sintético que del hecho delictuoso se hizo en el auto de proceder, relato que dice así:

"El 12 de julio citado, de las nueve de la mañana en adelante, los señores Efraím Orozco Niño y Luis Alberto León Zárate estuvieron tomando trago en las cantinas de Domingo Méndez y Avelino Vásquez, situadas en el punto de *Lincoln*, del Corregimiento de ese mismo nombre, en jurisdicción de Girón. Como a las siete de la noche se encaminaron Efraím y Luis Alberto de la tienda de Méndez a la casa de Urbano Corredor, donde vivía María Camacho, muchacha que hasta poco tiempo antes había llevado vida marital con Efraím, pero quien, por el mal trato que él le diera, hubo de abandonarlo. Parece que esa tarde, Efraím había estado instándole a la Camacho para que se volviera a vivir con él, pero ella se había negado por el temor de que su comportamiento no fuera satisfactorio.

"Ya en la casa de Corredor, Efraím se valió de Luis Alberto para que le dijera a la Camacho que la madre la necesitaba en su casa, pero como ella les manifestara que no iba, volvieron a llamarla y entonces María salió hasta el sitio donde estaban los dos sujetos nombrados. En ese lugar Efraím le insistió para que se fuera con él a la casa de la madre, pero María se negó rotundamente a seguirlo.

"Ante semejante negativa, pudiera pensarse que Efraím Orozco llegó a un estado tal de excitación y de rabia, que terminó por agredir violentamente a la mujer que había sido suya, que de tiempo atrás lo había obsesionado con sus amorosas y continuas entregas. Pero no sucedió así: el amante homicida, lejos de hacer a María objeto de sus furias, arremetió intempestivamente contra su compañero de parranda, contra su amigo Luis Alberto León, el hombre que lo venía siguiendo y ayudando en la ejecución de las maniobras tendientes a obtener el retorno de la mujer amada.

"En estas circunstancias, el ataque brutal carece de toda explicación, no encuentra fundamento el más mínimo que lo atenúe en su gravedad, que disminuya la responsabilidad asignable al sindicado. León no lo ofendió, no lo provocó, no ejecutó ningún acto que pudiera considerarse peligroso para la integridad personal de Orozco Niño. En aquel momento y en aquel lugar se limitaba a prestarle sus espontáneos servicios al victimario, que de manera tan insólita pagó y correspondió con tremenda puñalada la camaradería de su compañero."

Causal 1ª—Dice el recurrente:

"Al aplicarme la pena de nueve años de presidio, se hizo tomando en consideración solamente las circunstancias agravantes y despreciando las atenuantes, y dándole carácter de circunstancia agravante la negativa de la indagatoria, lo que ofrece incompatibilidad con los hechos, puesto que habiendo en autos la prueba de mi estado de embriaguez, mal podía confesar en mi indagatoria hechos de los cuales tengo el más mínimo conocimiento. Luego esta circunstancia que se me hizo aparecer como agravante es más aceptable como atenuante o al menos despreciable. No se hizo en cambio consideración alguna de las circunstancias atenuantes de mi buena conducta anterior y mi absoluta ignorancia, que en mucho hubieran influído en la disminución de la pena. Luego mediando estas consideraciones se me aplicó una norma penal que no es la aplicable al caso, concurriendo por tanto la causal 1ª de casación."

Sobre estos puntos observa la Corte que en la sentencia recurrida no se carga la negativa de que habla el procesado, ni siquiera implícitamente, como circunstancia de mayor peligrosidad. Para elevar el mínimo de la sanción el Tribunal apenas tuvo en cuenta "que el sindicado mató a León Zárate por motivos fútiles, dice la sentencia, sin razón o causa alguna distinta de la de un brote salvaje de ira precisamente cuando la víctima lo acompañaba como amigo y lo ayudaba en la empresa de devolverle su compañera de vida marital (ordinal 3º del artículo 37 del Código Penal)."

Como este considerando del fallo recurrido está ceñido a la disposición del artículo 39 del Código, resulta infundado en el hecho y en el derecho este cargo de la demanda.

Y que otras circunstancias favorables al procesado sí se tuvieron en cuenta al aplicar la sanción, lo demuestra el hecho de haberse fijado ésta en nueve años, es decir, con sólo aumento de un año sobre el *mínimum* de pena imponible. No resulta, pues, verdaderamente fundada la causal 1ª

Causal 2ª—Acerca de ella dice el recurrente que las declaraciones en contra suya, si se analizan con las reglas sobre crítica del testimonio, carecen de fuerza probatoria para establecer su responsabilidad.

Pero como se trata de un juicio por Jurado, observa la Corte, y el recurrente ataca la prueba relativa a la imputación del hecho, no es admisible su argumento: en repetidas ocasiones ha dicho la Corte que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los Jurados no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

Así, tampoco puede prosperar el recurso por esta causal.

Causal 3ª—Aun cuando el recurrente principia este capítulo diciendo que la sentencia "se encuentra viciada de nulidad", agrega a continuación lo siguiente:

"....los cuestionarios propuestos al Jurado no fueron formulados de acuerdo con los cargos establecidos en el auto de proceder, y prueba marcada de ello es la consideración que se intentó en el fallo de primera instancia acerca de un estado pasional, y la cual tesis se declaró desierta no porque no fuera lo suficientemente sustantiva para considerarse, sino por no volver a ampliar la investigación, recalcándose aquí la negligencia, o deficientemente investigado el hecho en cuestión.

"Luego no habiéndose considerado esta circunstancia modificadora del delito en el auto de fondo y habiéndose hecho mención de ella en la audiencia pública, el Tribunal ha debido sustentar la tesis del estado pasional y haber vuelto a nuevo Jurado la causa en cuestión; cabía haber ordenado ampliar la investigación, para así mediante una investigación perfecta de los hechos, no dar cabida a esta causal de nulidad, que pongo a la consideración de esa honorable Sala."

Como se ve, la alegación es contradictoria, pues afirma que hay disconformidad entre el veredicto y la sentencia, por una parte, y el auto de proceder, por la otra; pero al propio tiempo se queja de que el estado pasional en que obró no se consideró en el auto de fondo (es decir, de enjuiciamiento), como circunstancia modificadora, y que "cabía haber ordenado ampliar la investigación".

Prescindiendo de esa inconsecuencia, al argumento le quita toda posible seriedad la simple lectura de un párrafo del auto de proceder, donde lejos de plantear eximentes o modificadoras del delito se dice lo siguiente:

"El homicidio de que se trata no reviste caracteres de asesinato, ni ofrece tampoco circunstancia o modalidad alguna de especial atenuación."

Al Jurado se le propuso una sola pregunta sobre la responsabilidad de Efraím Orozco Niño en la muerte de Luis Alberto León, y el Jurado la contestó afirmativamente. Dos de sus miembros hicieron una especie de salvedad en el veredicto, con esta frase: "Sí, pero bajo el im-

pulso de los celos", adición que no modifica la respuesta afirmativa, tanto porque no la suscribió la mayoría como porque apenas es una explicación que dos de los Jurados dan sobre la causa inmediata del hecho criminoso.

Tampoco prospera, según esto, el recurso por la causal 3ª, pues la sentencia del Tribunal no discrepa, y antes bien se halla en consonancia tanto con el veredicto del Jurado como con el auto de proceder.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el parecer del 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 Bucaramanga fechada el veintiséis de enero del presente año, que impuso a Efraím Orozco Niño la pena principal de nueve años de presidio como responsable de la muerte de Luis Alberto León Zárate.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Delito de heridas, lesiones personales y tentativa de robo

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

El trece de marzo de mil novecientos treinta y seis fue asaltado en el sitio de *Campo Lago,* jurisdicción del Corregimiento de Puerto Villamizar, un convoy de la Colombian Petroleum Company. Conviene transcribir la declaración rendida por el señor Maurice D. Mitchell, quien relata el hecho así:

"....En mi carácter de Jefe de los transportes de la Colombian Petroleum Company, el viernes trece de este mes salí de esta ciudad en autoferro por la línea norte del Ferrocarril de Cúcuta, llevando la suma de diez mil quinientos pesos ($ 10.500) moneda corriente para el pago quincenal de los obreros de la Compañía de la cual soy empleado. Me acompañaban hasta Puerto Villamizar dos Agentes de la Policía Nacional, quienes regresaron en el mismo autoferro. En Puerto Villamizar, según instrucciones, dejé para el pago de los obreros de ese sector la suma de dos mil quinientos pesos. El mismo día trece seguí en lancha hasta el punto llamado *Santa María,* acompañado de Luis Dallos, caporal de arrieros de la Compañía; Vicente Estévez, José P. Alvarez y José Alvarez S. A eso de las diez de la mañana salimos del punto llamado *Santa María* hacia todos los antes mencionados (sic); el señor Vicente Estévez, llevando la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000) moneda corriente, quien iba de a caballo en una mula. Luis Dallos y yo íbamos a caballo. En una mula llevábamos una carga con toldillos y otros efectos para mí. Luis Dallos iba adelante llevando por delante una mula con la carga antes mencionada; un poco más atrás de Dallos iba Vicente Estévez, que era quien llevaba el dinero antes referido; detrás de Estévez iba yo, y tras de mí iban los obreros Alvarez. Yendo cerca a una curva que está situada a ocho kilómetros novecientos metros de la hacienda denominada *Santa María,* curva en la cual hay un árbol caído, fuimos sorprendidos por una descarga de armas de fuego, acto en el cual fueron heridos Dallos y Vicente Estévez; el señor Luis Dallos fue herido en la cara y Estévez en el brazo izquierdo. Como los asaltantes continuaron disparando sobre nosotros, nos vimos obligados a repeler el ataque con nuestras armas. La mula que iba adelante con la carga, seguramente se asustó con los disparos de los asaltantes y siguió en carrera hacia adelante. Luégo que terminaron los asaltantes de hacer fuego, examiné mi reloj de pulso y eran las doce y diez minutos del día. Como Dallos y Estévez resultaron gravemente heridos dispuse que nos regresáramos hacia Puerto Villamizar. Nuestros asaltantes no lograron llevarse el dinero que conducíamos, pues, como lo digo anteriormente, al defendernos nosotros con nuestras armas, ellos emprendieron carrera tras de la mula que iba con la carga, creyendo tal vez que en esa carga iba el dinero, pues ellos bajaron la carga que iba en la mula y desanudaron el contenido, llevándose solamente lo siguiente: un pote de dulce de melocotón, dos latas pequeñas de atún y un pan grande. Supongo que nuestros asaltantes creyeron que el dinero iba en la carga, porque en el viaje anterior se había llevado un poco de dinero en níquel sobre una mula. Quince metros poco más o menos adelante del punto donde fuimos atacados, pártе un camino o trocha que va hacia *El Astillero,* lugar por donde suponemos que emprendieron retirada los asaltantes. Por el número de disparos que simultáneamente se nos hicieron supongo que el número de asaltantes era de cinco por lo menos, y que las armas con que nos dispararon eran un grass, carabina liviana, escopetas y revólvers."

Iniciada la investigación por el Corregidor de Puerto Villamizar y adelantada luégo por la Alcaldía de San José de Cúcuta, fue ampliada después por orden del Juez Superior de allí, quien dictó auto de proceder contra Luis Hernández, Carlos Arellanos, Cecilio Arellanos y Francisco Arellanos, por tentativa de robo, tentativa de asesinato en las personas de Maurice D. Mitchell, José P. Alvarez y José Alvarez S., Luis Felipe Dallos y Vicente Estévez, y por delito de heridas en las personas de estos dos últimos.

El Tribunal Superior de Pamplona, al conocer por apelación del auto de proceder, lo reformó en el sentido de revocar el enjuiciamiento por tentativa de robo y asesinato y decidió abrir causa criminal por las heridas ocasionadas a

Estévez y Dallos, y por el delito frustrado de robo.

El juicio se siguió con Luis Hernández y Carlos Arellanos, pues los otros dos procesados, Cecilio y Francisco Arellanos, fueron declarados reos ausentes.

Con base en el veredicto del Jurado el Juez Superior de Cúcuta impuso tanto a Luis Hernández como a Francisco Arellanos siete años y medio de presidio por el delito de heridas, y doce años de presidio por el de robo frustrado de ocho mil pesos ($ 8.000); total: diez y nueve años y medio de tal pena para cada uno de los reos.

Después de algunos incidentes procedimentales el Gobierno radicó en el Distrito Judicial de Bogotá este juicio; y como por causa de aquellos incidentes se encontrara de nuevo en estado de proferir sentencia, el Juzgado 4º Superior de esta ciudad condenó a los procesados en términos análogos y a sufrir las mismas penas que en su sentencia les había impuesto el de Cúcuta.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó la providencia del Juez y los procesados interpusieron casación.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, después de hacer la historia de la tramitación que este proceso ha tenido, advierte que el recurso ante la Corte se interpuso quizá extemporáneamente, pues los reos, al ser notificados de la sentencia dictada por el Tribunal, manifestaron que "apelaban" a la Corte Suprema; y sólo después de que el Magistrado sustanciador les advirtió que tal recurso era improcedente fue cuando ellos expresaron con propiedad que interponían casación.

Es posible, y hasta probable, que mientras esas idas y vueltas estuviera ya vencido el término legal para esta clase de recursos. Pero quizás en este caso anduvo rigorista el Tribunal de Bogotá, ya que los Tribunales han acostumbrado interpretar las palabras impropias de que se valen los reos para recurrir en casación. De otro lado, su primera manifestación sí fue hecha en tiempo. Y por último, aun cuando el señor Procurador anota que el recurso se interpone extemporáneamente, él mismo, con laudable sentido de equidad, apenas pone de presente tal circunstancia y, no obstante ella, entra en estudio de fondo, como se verá luégo.

Estas consideraciones determinan a la Sala a no estimar extemporáneo el recurso.

Nada alegaron ante el Tribunal ni ante la Corte los procesados para fundar el recurso, de tal suerte que habría sido el caso de declararlo desierto si no fuera porque el Procurador de la Nación formuló demanda, ejercitando la facultad que le confería el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, aplicable en este juicio por haberse iniciado él antes de que rigiera la nueva legislación penal.

Dice el señor Procurador:

"Pero en el supuesto de que se acepte que el recurso de casación estuvo bien concedido, la Procuraduría, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, aplicable a este negocio, y teniendo en cuenta que no se ha presentado demanda de casación, invoca la causal 1ª del artículo 3º de la citada Ley.

"Causal 1ª

'Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.'

"El Tribunal reconoció que era más favorable para los procesados el nuevo Código Penal y estimó que los delitos perpetrados encajaban en los artículos 404 y 374 del Código Penal, relacionando el primero de los preceptos citados con el artículo 17 de la misma obra.

"Pero olvidó el sentenciador de la segunda instancia, lo mismo que el Juzgado, que el actual Código Penal, para la aplicación de las sanciones, en el caso de concurso de delitos, no adopta el sistema de la acumulación aritmética sino el de la acumulación jurídica."

Anota la vista cómo en algunos momentos o pasajes de este juicio se ha llamado erróneamente *delito frustrado* el robo que los procesados apenas intentaron "si se tiene en cuenta que los asaltantes ni siquiera tuvieron contacto con el dinero que pretendían robar, lo que excluye la posibilidad del agotamiento de todos los actos ejecutivos y consumativos necesarios para que se pueda dar por aceptado que el delito fue frustrado".

A lo dicho sobre este punto concreto por el señor Procurador podría agregarse que las cuestiones propuestas al Jurado hablan de *delito frustrado* (término jurídico, inadecuado por eso mismo para un cuestionario); pero allí también se pregunta si los procesados obraron "con el intento de cometerlo", expresión ésta que indica mera tentativa. Tal ambigüedad, que permite considerar el hecho delictuoso ya como frustrado o bien como tentativa, debe llevar a la calificación más acorde con la definición que la doctrina y la ley dan acerca de aquellas figuras de delito imperfecto, con tanto mayor razón cuanto en el presente caso resulta ser la más favorable a los procesados recurrentes en casación. Y continúa la vista:

"En síntesis: cree la Procuraduría que fue indebidamente aplicada la ley penal porque se acumularon aritméticamente las sanciones co-

rrespondientes a las lesiones personales y el robo, y porque se sancionó como delito frustrado el hecho de la simple tentativa del robo."

Son fundados, en sentir de la Corte, los cargos o reparos que contra la sentencia recurrida formula el señor Procurador Delegado en lo Penal, y así, acogiendo las razones que este distinguido funcionario expone, la Sala invalidará aquélla.

Corresponde entonces a la Corte dictar el fallo que ha de reemplazar dicha sentencia; y para hacerlo acoge también las conclusiones que el señor Procurador sugiere al final de su vista, donde dice lo siguiente:

"Estimando dentro del concurso de delitos como más grave el referente al robo, cuya represión es de tres a catorce años de presidio (artículo 404), y teniendo en cuenta las circunstancias de excepcional gravedad que rodearon los sucesos, opina este Despacho que la pena imponible por la tentativa del robo debe ser la de nueve años, es decir, una sanción cercana al máximo imponible por ese hecho (nueve años y cuatro meses, artículo 16).

"Como el artículo 33 del Código Penal permite aplicar la sanción establecida para el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, este Despacho insinúa la imposición, por las lesiones sufridas por Dallos y Estévez, de la pena de nueve años de presidio.

"En total, por lo consiguiente, conceptúa este Despacho que la sanción principal correspondiente para cada uno de los procesados Luis Hernández y Carlos Arellanos, debe ser la de diez y ocho años de presidio.

"Es verdad que los sindicados fueron llamados a responder en juicio criminal, además de las lesiones, por delito frustrado de robo; pero al reprimir ese hecho como simple tentativa no se varía la denominación genérica del delito, y por lo mismo, el fallo no se sale del auto de proceder."

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, resuelve:

1º *Invalidase* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el dos de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Luis Hernández y Carlos Arellanos la pena principal de diez y nueve años y medio de presidio por el delito de heridas en las personas de Vicente Estévez y Luis F. Dallos, y por el de robo frustrado;

2º En su lugar, y reformando la sentencia de primera instancia, condénase a Luis Hernández a la pena principal de diez y ocho años de presidio e impónese, igualmente, a Carlos Arellanos la pena principal de diez y ocho años de presidio, como responsables de lesiones personales y de tentativa de robo;

3º Esta pena la cumplirán los reos en el establecimiento penitenciario que el Gobierno determine; y como parte cumplida de ella se les descontará todo el tiempo que hayan permanecido en prisión o detención preventiva por razón de este proceso;

4º Condénaseles, además, a la suspensión, por tiempo indefinido, de los derechos políticos; a la pérdida de todo empleo o cargo oficial y de toda pensión pagadera por el Tesoro Público, y a la pérdida de las armas con que cometieron el delito.

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.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Nulidad del procedimiento por irregularidades en el sorteo de Jurados

La manera como se hicieron los sorteos, contra el mandato del artículo 508 del Código de Procedimiento Penal, implica la nulidad prevista por el numeral 5º del artículo 199 de ese Código.

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

(Magistrado ponente, dòctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

El defensor de Venancio Roatán Peña interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, que condenó al procesado a la pena principal de nueve años de presidio como responsable de la muerte de José de la Cruz Peña y de lesiones personales causadas a Marcelino Peña.

Invoca el recurrente las causales de indebida aplicación de la ley penal, error en la apreciación de los hechos y de las pruebas, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado y nulidad del procedimiento.

La Corte procede a examinar ante todo la última de estas cuatro causales, teniendo en cuenta que de resultar ella fundada sobraría el estudio de las otras tres, por ser la que afecta más radicalmente el juicio. Otro tanto hizo el señor Procurador de la Nación, quien coadyuva la demanda de casación por considerar fundada cabalmente la causal de nulidad.

Aparece ella invocada por el recurrente en el pasaje de su escrito o demanda, que dice así:

"Tercero. La sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad. La ley procedimental, desde el comienzo hasta el fin del proceso, fue flagrantemente violada, como paso a demostrarlo. En primer término fue violado el artículo 26 de la Carta Fundamental, el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, porque no está plenamente comprobada la matêrialidad del delito, debido a que tanto el acta de inspección ocular, como el supuesto dictamen pericial, como los testimonios que obran en el proceso, carecen de los requisitos procesales indispensables para que se les pueda atribuir valor probatorio en derecho. También han sido violados los artículos 159 y 203 del Código de Procedimiento Penal, e igualmente los artículos 27 y 29 de la Ley 4ª de 1943. En una palabra, todo el proceso está viciado de nulidad."

Como se ve, la causal de nulidad está propuesta de manera inequívoca, circunstancia que permite a la Corte entrar en el análisis de ella aun cuando algunos aspectos que el recurrente propone sean descaminados. Decir que "no está comprobada la materialidad del delito" no es argumento apto con referencia a la causal 4ª, porque ello no tiene que ver con las cuestiones de forma del juicio ni, de consiguiente, con la nulidad procedimental. Extraña esa desorientación cuando en el trámite de este juicio se incurrió en notorias y múltiples anomalías, algunas de ellas contempladas de manera concreta por la ley como causas o motivos de anulación.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, después de anotar la omisión consistente en no haberse resuelto nada al calificar el sumario respecto de la responsabilidad de Marcelino Peña en las lesiones personales causadas al procesado; y luégo de censurar las demoras e irregularidades en que se incurrió a propósito del avalúo de perjuicios, dice:

"Peró no es esto solo. El 3 de diciembre de 1941 se señaló fecha para sorteos de Jurados, sin formular los cuestionarios que habían de sometérsele a su consideración, llevándose de calle el artículo 504 del Código de Procedimiento. Las partes, por consiguiente, no dispusieron en la debida oportunidad del derecho de presentar otros cuestionarios, porque se saltó toda esta etapa del proceso. Después se vino a alegar una nulidad, cuyo reconocimiento sólo tuvo como consecuencia el agregar más irregularidades a la ya desgreñada tramitación.

"A lo anterior, de suyo grave, habían de agregarse otros desaciertos inmensos.

"El 11 de diciembre se verificó el sorteo. Pero más que una diligencia seria lo que se celebró fue una tranquila combinación entre el Juez y el Fiscal para reemplazar con inaudita frescura dos de los individuos sorteados para servir de Jueces de conciencia en la causa, violando los

artículos 507 y 508 del Código Procesal. Se extrajeron de la urna siete balotas, correspondientes a los nombres de Carlos Benedetti, Rafael Castro, Juan Franceschi, Antonio Lengua Navas, Eusebio Ortega, Gustavo Páez y Daniel Hernández. Léase la siguiente relación del acta:

'Como el señor Fiscal hiciera objeción a uno de los designados escrutadores en este momento, el señor Juez le concedió el derecho que tiene para tachar o rechazar el nombre del señor Gustavo Páez, correspondiente al número 177. Como no ha comparecido a esta diligencia el señor defensor del procesado, ni éste, y siendo el número de los designados que han de integrar el Jurado de conciencia solamente de cinco miembros, el señor Juez excitó al señor Fiscal interino para que tachara un segundo nombre de los individuos escrutados, con el fin ya expresado, y el señor Fiscal tachó el número 123, correspondiente al nombre del señor doctor Antonio Lengua Navas.'

"El Juez, en este caso, extralimitó sus funciones, pues no podía autorizar por sí y ante sí medios de eliminación de Jurados que la ley no reconoce. Si conforme a la legislación anterior, era causa de nulidad la recusación de un miembro de Jurado no hecha por el reo personalmente, según lo admitió la jurisprudencia, con mayor razón podrá decirse que es irregular ese abuso en el imperio de las nuevas normas procesales."

Y más adelante:

"Pretermitiendo los trámites, como se ha visto, se sortearon los Jurados sin formular cuestionarios. Estos sólo aparecen elaborados en el auto del 20 de junio de 1942 (folios 88), sin técnica ninguna, con ignorancia del artículo 498 del Código, pues la pregunta tercera se refiere indistintamente al factor psíquico de uno y otro delito, así:

'Tercero. Los hechos a que se refieren los cuestionarios anteriores ¿se ejecutaron con el propósito de matar y herir, respectivamente?'

"El 27 de agosto de 1942 comenzó a señalarse fecha para la audiencia pública. Con distintos pretextos la audiencia no se hizo en ninguna de las dos fechas que sucesivamente se fijaron. El 23 de octubre, por tercera vez, se dispuso celebrar la vista pública de la causa, y así se iba a hacer, pero el Fiscal y el defensor, en escrito conjunto de folios 98, alegaron la nulidad consignada en el numeral 1º del artículo 199, por no haber notificado al defensor, doctor Alfonso Sotomayor, el auto en que se formularon los cuestionarios. El Juez, con incalificable ligereza, dispuso:

'Retrotráigase esta actuación a partir del auto de fecha 3 de diciembre del año de 1941. En consecuencia, ejecutoriada que sea esta providencia, dése cuenta. Queda en esta forma resuelta la solicitud que conjuntamente formularon el señor Fiscal de este Juzgado y el doctor Alfonso Sotomayor, en su carácter de defensor del procesado.'

"El auto está fechado el 27 de octubre de 1942.

"Pero ocurre que el señor Alfonso Sotomayor nada tenía que ver en el expediente, pues el defensor de entonces, a quien se le notificó en debida forma el auto sobre cuestionarios no era él, sino el doctor Joaquín P. Gómez Reynero. Además, ya había transcurrido el tiempo para alegar dicha nulidad. Al señor Sotomayor se le reconoció una calidad que no tenía. La notificación fue hecha a su legítimo defensor, el 2 de julio, según aparece a folios 88.

"Como se retrotrajo la actuación, nuevamente se volvió a dictar el auto sobre cuestionarios con fecha 5 de noviembre de 1942, y se admitió una inconsulta propuesta de la defensa para preguntar al Jurado por la riña, modalidad absolutamente inexistente dentro del juicio.

"En esta segunda etapa se volvió a señalar fecha para la elección de Jurados. El señalamiento se hizo dos veces, hasta que al fin pudo efectuarse el sorteo el 4 de febrero de 1943."

En otros apartes de su vista el señor Procurador transcribe y comenta algunos pasajes de la sentencia recurrida, contradictorios entre sí o incomprensibles, pues en un lugar afirma el Tribunal que se trata de un grave caso de homicidio en que no es posible admitir la existencia de riña u otra circunstancia modificadora, para decir a poco trecho que el veredicto del Jurado que declara haber mediado riña está de acuerdo con la realidad de los hechos. "No puede ser más concreta y llamativa la incoherencia del fallo", dice el señor Procurador.

Aun cuando las inconsecuencias del fallo no son el fundamento en que el Ministerio Público basa su argumentación, se ve que alude a ellas para mostrar cómo el proceso tramitado en forma tan anómala como fue éste, hubo de culminar en un fallo cuya invalidación permitirá que al proferir sentencia segunda vez el Tribunal lo haga en términos que permitan conocer con seguridad cuál es su pensamiento.

El Procurador de la Nación concreta en los pasajes de su vista que a continuación se transcriben, su concepto sobre la causal cuarta de casación alegada por el recurrente. Dicen así:

"En el presente caso se configura, según se desprende del recuento de arbitrariedades hecho ya, no cualquier clase de nulidad, sino la que ha sido llamada *sustancial*, pues el menoscabo

del procedimiento ha ido no solamente contra los derechos que asisten al propio reo, sino contra los que corresponden a la sociedad y al Estado en el juzgamiento de cada delito. El cometer el cúmulo de irregularidades en la tramitación, consistente en haber retrotraído el procedimiento, sin facultad legal; en involucrar los trámites ejecutando previamente actos que la legislación procedimental indica que deben adelantarse después; las tachas a dos de los miembros del Jurado, indebidamente escrutados e indebidamente eliminados; las declaraciones de cuestionarios fuera de lugar; omitir la obligación de interrogar al reo, de acuerdo con el artículo 452 de la ley procesal, etc., demuestran que en este negocio no se ha observado esa plenitud de formas que son propias a las causas de homicidio que se ventilan ante Jueces Superiores. Y esto constituye nada menos que el desconocimiento del precepto contenido en el artículo 22 de la Constitución Nacional, que dice:

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

"Si este mandato consagra derechos de parte del delincuente, también obliga a los Jueces a sujetarse a la formalidad que debe tener cada juicio como sistema adecuado y necesario para preservar las garantías de la sociedad frente al delincuente. El Título III de la Carta Magna habla de derechos civiles y garantías sociales.

"La honorable Corte ha declarado nulidades en los procesos penales por la omisión en el discernimiento de las atribuciones que tiene el reo, entre otras, del derecho de defensa, y ha dicho que una de las formalidades requeridas por la Constitución para adelantar los juicios, es la facultad del procesado para allegar pruebas concernientes a sus descargos.

"Ahora no se ventila solamente una cuestión relativa al reconocimiento de los derechos del procesado. Se trata de algo más hondo y decisivo, como es el desconocimiento de las normas procesales que perjudica por igual al individuo y a la sociedad.

"El artículo 1º de la Ley 94 de 1938 dice:

'No se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por Juez competente.'

"En este caso, se ha dictado sentencia condenatoria contrariando la norma citada. Las disposiciones vigentes para esta suerte de procesos están consignadas en el Libro III del Código de Procedimiento Penal. Este Libro especifica o particulariza las prerrogativas genéricamente concedidas al hombre y a la sociedad en el artículo 22 de la Constitución. No seguir sus prescripciones es violar la ley misma y desconocer su fuente, la Carta Fundamental. Y tal desconocimiento origina una nulidad insalvable del proceso.

"Es verdad que el recurrente no hace consideraciones de fondo sobre esta cuestión, pero sí alega existencia de la nulidad.

"Al reponer el procedimiento, a partir del auto de 18 de septiembre de 1940, que ordenó abrir a prueba la causa, debe tenerse en cuenta el imperio de la Ley 4ª de 1943, que adicionó los artículos 453 y 454 del Código de Procedimiento. La nulidad comprende inclusive a dicho auto, pues en él debe darse cumplimiento a lo que dispone la nueva ley procesal en relación con la 94 de 1938. El auto en referencia aparece a folios 34 vuelto del expediente.

"También debe tenerse en cuenta que está pendiente la apreciación de la responsabilidad de Marcelino Peña.

"Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la honorable Corte que invalide la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Cartagena y declare nulo lo actuado, a fin de que se reponga el procedimiento a partir del auto del 18 de septiembre de 1940, que declaró abierto a prueba el juicio."

La Corte estima fundada, por las razones que expone el señor Procurador Delegado en lo Penal, la causal de nulidad que el recurrente ha invocado; pero discrepa del parecer de dicho funcionario en cuanto al punto inicial de la nulidad, por lo que pasa a explicarse:

Verdad es, como lo advierte el Agente del Ministerio Público, que de acuerdo con la ley procedimental vigente en la respectiva etapa del juicio, en el mismo auto de apertura a pruebas debía proveerse a la designación de peritos para el avalúo de perjuicios; y que en este proceso no se obró de esa manera, con posible violación de los artículos de la ley procedimental que cita el señor Procurador.

Pero como no toda violación de ésta es motivo de nulidad del juicio, y el tardío nombramiento de avaluador de perjuicios no está erigido en causal de nulidad, el auto de apertura a pruebas no es el punto inicial de la actuación nula en este juicio.

En lo que sí hay innegable motivo de nulidad es en el sorteo de Jurados.

El proceso se inició el veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, es decir, estando ya en plena vigencia la nueva legislación penal, y el sorteo de Jurados se practicó en once de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno (folios 39). De conformidad con el artículo 507 del Código de Procedimiento Pe-

nal, el Juez debía sacar cinco fichas nada más; y por una imperdonable confusión con las extinguidas leyes sobre sorteo de Jurados, en vez de hacerlo así, se extrajeron siete (7) balotas. Sobraban, pues, dos nombres, **que se suprimieron** mediante una especie de recusación que el Fiscal hizo por invitación del Juez.

Verdad es que las personas a quienes en forma tan irregular se trató de designar como Jurados no llegaron a desempeñar en realidad ese cargo, pues más adelante el Juez ordenó retrotraer la actuación con motivo de una solicitud hecha por el Fiscal y un abogado que luégo resultó no ser el defensor en esta causa. Pero tal solicitud no versaba sobre anulación del sorteo de Jurados sino acerca de la formulación de cuestionarios; y la modesta y diminuta providencia del Juez, visible a folios 99, no se pronunció sobre nulidad de lo actuado sino que es un simple auto de sustanciación, en el cual se ordena irregular e inmotivadamente, retrotraer el procedimiento. Sin embargo, y parece que como consecuencia de tan extraña medida, el Juez, por medio de otro auto en que tampoco se declara nulo el sorteo ya efectuado, señaló día y hora para sortear Jurados, diligencia que efectivamente se llevó a cabo (folios 106).

Este segundo sorteo, sin haber sido anulado expresamente el primero, no podía efectuarse y fue, a su vez, nulo por tal motivo, aun cuando en él no ocurrieron las famosas recusaciones del anterior.

De todas maneras resultaría cuando menos dudoso si los sorteados en la segunda diligencia eran quienes debían desempeñar el cargo de Jurados, o si debían ser los sorteados en la primera.

Y respecto del primer sorteo es indiscutible que se hizo mal.

Hay, pues, múltiples factores de incertidumbre que impiden saber quiénes deberían ser Jurados en esta causa.

Dispone el artículo 508 del Código de Procedimiento Penal que "serán Jurados en el juicio aquellos cuyos nombres correspondan, en la lista del Juzgado, a los números sorteados."

La manera como se hicieron los sorteos contra este mandato de la ley, implica la nulidad prevista por el numeral 5º del artículo 199 del Código, que dice:

"Haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal que no pueda saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar el Jurado."

Es nulo el procedimiento, desde la primera diligencia de sorteo, inclusive, en adelante.

Ahora: en cuanto a la omisión en resolver acerca de si a Marcelino Peña le incumbe o nó responsabilidad por las lesiones personales causadas al procesado, problema sobre el cual hace hincapié el Procurador, nada puede la Corte decidir, ya que esto no es causal de casación, y puesto que tampoco es un motivo legal que afecte de nulidad el auto que calificó el mérito del sumario. Por lo demás, quizá no revista mayor gravedad el hecho de que esté corriendo el tiempo de prescripción de la acción penal en lo tocante a la responsabilidad de Marcelino si se tienen en cuenta las circunstancias en que éste obró, cuando Venancio Roatán Peña le daba muerte al hermano de aquél en la forma más sorpresiva, inmotivada y violenta, con un machetazo por la nuca, que casi separa del tronco la cabeza de la víctima.

Sobra decir que al invalidar el fallo recurrido la Corte sólo tiene en mira, como el Procurador de la Nación, velar por la observancia de la ley y sentar una vez más doctrina sobre la nulidad de los procesos tramitados sin sujeción a las normas fundamentales del procedimiento; y que, por ende, la presente sentencia no implica un prejuzgamiento favorable al procesado, sobre cuya responsabilidad no le corresponde a esta Sala decidir sino a sus Jueces naturales, que son los Jurados, quienes sin duda sabrán apreciar de nuevo la gravedad del hecho imputado a Venancio Roatán.

Con fundamento en las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo en lo esencial 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 *Invalídase* la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, fechada el veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, que impuso a Venancio Roatán Peña la pena principal de nueve años de presidio como responsable de la muerte de José de la Cruz Peña y de lesiones personales causadas a Marcelino Peña;

2º En su lugar declárase nulo el procedimiento a partir del auto fechado el tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, que señaló día para el sorteo de Jurados (folio 78); y

3º Se ordena reponer la actuación desde dicho auto inclusive en adelante.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Declaración de prescripción de la acción penal

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y seis de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Ana Teresa Llanos denunció ante el Procurador General de la Nación al entonces Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla doctor Joaquín Villa Llinás por prevaricato y abuso de autoridad.

El Procurador Delegado en lo Penal dispuso pasar a esta Sala tal denuncia y sus documentos anexos, a fin de que se les diera el curso correspondiente.

La Corte comisionó al Presidente del Tribunal Superior de Barranquilla con el objeto de que levantara el informativo; y tan pronto como el comisionado devolvió las diligencias le fueron pasadas al Procurador de la Nación. El Delegado en lo Penal las devolvió al día siguiente para que la Corte dijera si era el caso de aplicar el artículo 421 del Código de Procedimiento Penal, es decir, si debía declararse cerrada la investigación.

Dictó entonces el Magistrado ponente un auto de ampliación del sumario, y para que se cumplieran los seis puntos detallados en esa providencia comisionó de nuevo al Presidente del Tribunal Superior de Barranquilla.

Ampliado así el informativo se declaró cerrada la investigación y se ordenó pasarla al Agente del Ministerio Público. El Procurador Delegado en lo Penal manifestó que faltaban, a su parecer, cuatro diligencias que consideraba indispensables para emitir concepto; pero dijo que como se había declarado cerrada la investigación se abstenía de pedirle a la Corte la práctica de esas pruebas que él echaba de menos.

Invitó de nuevo el Magistrado ponente al Procurador a que emitiera concepto, y este distinguido funcionario insistió en que sin las pruebas por él indicadas era imposible dar opinión sobre el asunto, y en que tampoco podían ya practicarse las pruebas por estar cerrada la investigación.

Esta situación un tanto conflictiva entre la imposibilidad de producir unas pruebas, y la necesidad de hacerlo, conflicto que planteó por dos veces a la Sala el señor Procurador, dificultó y por consiguiente demoró una decisión de fondo en el asunto.

Sin embargo, y previo un prolongado estudio acerca del fondo de la cuestión, profirió la Corte su auto de veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el cual, después de analizar a espacio las actuaciones del Magistrado Villa Llinás, en la mortuoria de Francisco Llanos, estimó de dudosa legalidad algunas de ellas y francamente ilegales otras; pero en vista de que no era posible concluir si se debían a una falta de tino de los interesados en la manera de iniciar y adelantar sus gestiones, o a impericia de los Jueces inferiores y luégo del Magistrado, o a arbitrariedad de este último, o a torcidos móviles, en vista de que no era posible optar con certeza por una de tales hipótesis, la Sala hubó de sobreseer en favor del doctor Villa Llinás.

A tal sobreseimiento se le dio el carácter de temporal "con el objeto de complementar, dijo la Sala, los datos y pruebas del sumario para poder apreciar con más acierto los varios aspectos que ante la ley penal puedan tener aquellas actuaciones".

Por ser temporal y no definitivo el sobreseimiento, la investigación quedó reabierta, y en esta nueva etapa se realizó todo lo posible por allegar las pruebas en que tánto hincapié hiciera el señor Procurador Delegado, y algunas más, hasta el punto de que este mismo funcionario hubo de opinar que era el caso de declarar cerrada la investigación, la cual se le dio nuevamente en traslado para concepto de fondo.

En esta última vez la Procuraduría, después de transcribir la parte motiva del sobreseimiento temporal dictado por la Corte en la anterior ocasión, dice que "no obstante el empeño desarrollado por los funcionarios instructores, no pudo esclarecerse a qué móviles obedecieron las arbitrarias actuaciones del Magistrado Villa Llinás en el juicio de sucesión de Francisco Llanos."

Como consecuencia de tal premisa manifiesta el Procurador que "no hay en verdad prueba" de los elementos jurídicos del prevaricato; y aun cuando él considera que el abuso de autoridad sí está plenamente demostrado, "conceptúa que

no es posible enjuiciar al ex-Magistrado Villa Llinás" porque la acción penal ha prescrito en el caso de que se trata, según cálculos que hace en los pasajes de su vista y que dicen:

"Los hechos imputados al doctor Villa Llinás los desarrolló en las siguientes épocas: el 26 de julio de 1938, fecha del auto por medio del cual ordenó notificar al Gerente del Banco Comercial de Barranquilla la cesión del depósito de $ 800 que había consignado el causante Francisco Llanos en dicho Banco; el 11 de agosto del mismo año, fecha del nuevo auto de ese Magistrado, en que negó la reposición del anterior proveído; y el 17 del mismo agosto, día en que el Magistrado notificó la cesión al Gerente del Banco Comercial.

"A partir de esta actuación (17 de agosto de 1938) a hoy, están ya agotados los cinco años de la prescripción.

"Por lo tanto, deben aplicarse aquí los artículos 104 y 105 del Código Penal."

La Corte tiene que declarar prescrita la acción penal por las razones que da el señor Procurador Delegado, quien agrega al final de su concepto:

"Como de la declaración de María Higinia Meza de Pote (folios 171 vuelto) y del careo que ella sostuvo con el doctor José Ulloque Meneses (folios 190 vuelto), aparece la posibilidad de que se haya cometido un delito contra el patrimonio de esa señora, es el caso de que la honorable Corte se digne ordenar la compulsa de las copias conducentes de este negocio para que, por separado, se adelante la correspondiente investigación."

Fundada en las consideraciones que preceden, 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 *prescrita* la acción penal que en estas diligencias sumarias ha venido adelantándose contra el ex-Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla doctor Joaquín Villa Llinás por sus actuaciones en el juicio mortuorio de Francisco Llanos.

Sáquese copia de lo conducente para los efectos de que trata el párrafo de la vista del Procurador últimamente transcrito, y remítase al Juez del Circuito Penal de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre. Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Eduardo Piñeros y Piñeros, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Cuestión de notoria injusticia del veredicto.

1. La Ley 118 de 1931 requería perentoriamente, para que pudiese alegarse luégo como motivo de casación, la cuestión de notoria injusticia del veredicto en las instancias. Esa exigencia de la ley tenía un fundamento bien claro, porque la casación no es una tercera instancia, en la cual se haga nuevo examen y valoración de las pruebas —máxime tratándose de juicios por Jurado— sino un recurso extraordinario que tiene por objeto decidir si la sentencia de segunda instancia es o nó violatoria de la ley por alguno de los aspectos previstos en las causales de casación, entre ellos, según aquella ley, cuando la sentencia se hubiera fundado en un veredicto que adoleciera de notoria injusticia.

2. Ha dicho varias veces la Corte que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso, pues la convicción moral exigida por la ley a los Jurados no está subordinada a las condiciones o reglas sobre la certeza legal.

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Domingo Torres y Luis Hernán Navas han recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que impuso a cada uno de ellos la pena principal de veinticuatro años de presidio como responsables de asesinato y robo, hechos ocurridos en la noche del tres de agosto de mil novecientos treinta y cuatro.

El Juzgado Superior de Cúcuta había llamado a juicio a los dos procesados por el delito de homicidio y sobreseído en su favor por el de robo; el Tribunal Superior respectivo, al conocer por apelación, modificó el auto del Juzgado; y como la providencia del Tribunal no llevara sino la firma de uno de los Magistrados, al volver el expediente al Juzgado el Fiscal de éste solicitó la anulación de lo actuado, y decretada ella por el Juez volvió el proceso al Tribunal Superior, el cual, en Sala de Decisión y con la firma de sus tres Magistrados, reformó el auto de proceder (como antes lo había hecho uno de los Magistrados) en el sentido de abrir causa criminal no sólo por el delito de homicidio sino también por el de robo.

Adelantado el juicio, el Jurado declaró responsables a los dos procesados de asesinato y robo, y el Juez impuso a cada uno de ellos la pena principal de veinte años de presidio y cuatro de reclusión; pero el Tribunal, ante quien apelaron los reos, declaró la nulidad de lo actuado desde la notificación del auto de enjuiciamiento y ordenó reponer la actuación. Se sorteó y reunió, en consecuencia, nuevo Jurado que, como el anterior, contestó afirmativamente todas las cuestiones que el Juez le planteó sobre homicidio, circunstancias de asesinato y robo.

Volvió el Juez a imponer veinte años de presidio y cuatro de reclusión a cada uno de los procesados, y el Tribunal Superior de Pamplona reformó ese fallo en el sentido de imponer en presidio la totalidad de la pena principal, esto es, veinticuatro años.

Ante la Corte se presentó una extensa demanda de casación, que aparece suscrita por los reos, demanda en que se invocan las causales 1ª y 2ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal.

El Procurador Delegado de la Nación dice que como el proceso se inició con anterioridad al primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, "el recurso extraordinario debe regirse por las disposiciones de la legislación anterior", y opina, según eso, que la invocada como causal 2ª del Código ha de entenderse como la 5ª de la Ley 118 de 1931.

No hay ambigüedad en los recurrentes en cuanto que han querido acogerse a una causal de casación de la ley nueva, quizá por considerarla más favorable a sus intentos; pero esta Sala, con el criterio de amplitud que debe emplearse en materia penal, no elude confrontar la demanda con la causal 5ª de la antigua ley, especialmente por cuanto el Procurador Delegado en lo Penal plantea la cuestión de notoria injusticia (aunque para impugnarla), y por tratarse de un proceso iniciado en el año de 1934, es decir, bajo la vigencia de la Ley 118 de 1931, que confería al Ministerio Público facultad de suplir las defi-

ciencias de la demanda de casación propuesta por el reo.

La demanda de casación plantea el recurso de manera que podría sintetizarse así: los procesados no ejecutaron los hechos que se les imputan y al declararlos responsables se les ha atribuido a las pruebas un valor que jurídicamente no tienen (causal 2ª). Consecuencialmente hubo indebida aplicación de la ley penal puesto que se les ha condenado siendo inocentes (causal 1ª).

Como se ve, la invocación de la causal 1ª tiene importancia secundaria en el presente caso, pues apenas se propone por la natural repercusión que en ella tiene cualquiera de las otras causales, cuando resultan fundadas.

Ahora: examinando el cargo contra la sentencia como viable ante la causal 5ª de la Ley 118 de 1931, se encuentra, ante todo, que la cuestión de notoria injusticia del veredicto no fue previamente debatida en las instancias, requisito exigido perentoriamente por aquel precepto legal para que pudiera luégo alegarse como motivo de casación.

Esta exigencia de la ley tenía un fundamento bien claro, porque la casación no es una tercera instancia, en la cual se haga nuevo examen y valoración de las pruebas —máxime tratándose de juicios por Jurados— sino un recurso extraordinario, que tiene por objeto decidir si la sentencia de segunda instancia es o nó violatoria de la ley por alguno de los aspectos previstos en las causales de casación, entre ellos, según aquélla Ley, cuando la sentencia se hubiera fundado en un veredicto que adoleciera de notoria injusticia.

De otra parte, este proceso, por haberse anulado la actuación, fue sometido a dos Jurados, compuestos, como es obvio, por personal diferente. Y ambos tribunales de conciencia declararon responsables a los dos procesados de los cargos que se les imputan, sin que ni en el primer Jurado ni en el segundo hubiese voto discordante, pues las decisiones aparecen tomadas y suscritas por unanimidad.

Y aun cuando el segundo Jurado no se reunió por declaración de notoria injusticia respecto del veredicto emitido por el primero, siempre es muy sugestiva la circunstancia de que al repetirse el juzgamiento y las audiencias, con nuevas posibilidades de argumentación para la defensa, el segundo Jurado llegó a las mismas conclusiones que el anterior.

En los autos de proceder del Juez y del Tribunal se hacen largas transcripciones de piezas del sumario para establecer la serie de indicios que señalan a Domingo Torres y a Luis Hernán Navas como autores del cobarde y violento asalto a la casa de Enrique Villabona y Rosa María Gómez en la noche del tres de agosto de mil novecientos treinta y cuatro, y que culminó con la muerte criminal y despiadada que los malhechores dieron a Fausta Gómez y con el delito de robo.

Para los efectos del recurso de casación parece innecesario repetir las exposiciones y transcripciones que *in extenso* hacen aquellas providencias; pero sí conviene reproducir la enunciación sintética de los indicios hecha por el Juez en el auto de proceder, y que el Fiscal del Tribunal Superior acogió cuando el enjuiciamiento subió en apelación. Dice así el Juzgado:

"De todo lo expuesto hasta aquí, y prescindiendo de las declaraciones de las cuales no se ha hecho mención, que no arrojan mayor luz en orden a la comprobación de la responsabilidad de Torres y Navas, se tiene, en resumen:

"1º Que las personas que presenciaron la perpetración de los hechos delictuosos materia de la investigación, reconocieron en rueda de presos a Torres y a Navas como los autores de esos mismos hechos;

"2º Que, contra la afirmación de Torres y Navas, de que en la referida noche del tres de agosto y a la hora en que se dice cometido el crimen en mención, ellos dormían en casa de Cristóbal Vásquez, se alza la rotunda afirmación de éste, quien dice que él durmió en su casa únicamente con su mujer y sus hijos, y se opone asímismo el testimonio de los aludidos miembros de la familia de Vásquez, que manifiestan no saber si los sindicados durmieron allí aquella noche, porque no los vieron;

"3º Que, contra la negativa sospechosa de los mismos sindicados, éstos se trataban íntimamente y andaban juntos;

"4º Que Torres estuvo en la mencionada casa de Enrique Villabona, poco antes de sucedida la muerte violenta de Fausta Gómez, habiéndose ofrecido Torres espontáneamente para ello, aprovechando la ocasión de que Cristóbal Vásquez mandaba por un cerdo comprado a Villabona;

"5º Que dos días antes del expresado hecho de sangre, los sindicados estuvieron en casa de Justo Becerra, y Torres preguntó a éste si había visto bajar para Cúcuta a Enrique Villabona, lo que supone por parte de los sindicados particular interés en saber si éste —Villabona— estaba o nó en su casa de *La Ortigala*, y

"6º Que el mismo día tres de agosto en la tarde los procesados estuvieron nuevamente en casa de Justo Becerra, cercana a la de Villabona, y siguieron luégo, a pesar de que llovía, camino de la fracción de *Campo Alicia*, donde se halla situada la casa de Villabona.

"Todos estos hechos están plenamente comprobados, porque en lo que hace al testimonio de los parientes de la occisa, de acuerdo con la

interpretación que una sana y abundante jurisprudencia da al principio consagrado en el artículo 1530 del Código Judicial, en armonía con el precepto del artículo 1672 ibídem, él no puede desecharse como enteramente inhábil, con el criterio de que en tales testigos se presume falta de imparcialidad. De suerte que todos estos hechos, que son diferentes, que se enlazan entre sí, sin depender uno de otro y que revelan una próxima relación con el hecho principal —el homicidio de Fausta Gómez—, deben apreciarse, como otros tantos indicios graves de responsabilidad contra los sindicados Domingo Torres y Luis Hernán Navas. Además, estos hechos están robustecidos con la prueba semiplena de estos otros, que comunican a aquéllos mayor fuerza probatoria, por su relación manifiesta entre sí:

"a) Que Torres y Navas fueron hallados por Manuel Rondón en el camino que conduce a *Campo Alicia,* como a las cuatro de la tarde del día del acontecimiento, cerca de la casa de Justo Becerra y estando lloviendo, lo que confirma la declaración de éste y de su esposa;

"b) Que Navas, al ver a Rondón, 'le hizo señas' a Torres, como indicándole tomar una vereda cercana, cual si quisieran eludir ser reconocidos por aquél;

"c) Que Torres el día que estuvo en la casa de Villabona miraba a todos lados y hacia el interior de la casa, como asegura Silvio Vargas, actitud sospechosa y explicable sólo en quien desea penetrarse de algo que le interesa;

"d) Que Ascensión Vargas el mismo día, como a las seis y media de la tarde, vio cerca de la casa de Villabona dos bultos 'que estaban sentados al pie de una mata de lucua', que le hacían señas y que tenían 'la cara muy oscura';

"e) Que al rato de haber llegado Vargas, después de tal encuentro, a casa de Miguel Salcedo, oyó un disparo 'y al momento unos gritos que decían: Mataron a Fausta'. (Recuérdese que, según los parientes de la interfecta, ésta fue muerta de un solo disparo y que los delincuentes tenían la cara tiznada, lo que armoniza con la declaración de Ascensión Vargas").

Como se ve, el veredicto del Jurado, lejos de ser contrario a la evidencia o notoriamente injusto, tiene en este caso un apoyo probatorio suficiente, que hace aplicable el concepto varias veces emitido por la Corte, a saber: al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso, pues la convicción moral exigida por la ley a los Jurados, no está subordinada a las condiciones o reglas sobre la certeza legal.

Las precedentes consideraciones acerca de las pruebas y del veredicto del Jurado dispensan a la Corte de entrar en el estudio del recurso a la faz de la causal 2ª, artículo 567, Código de Procedimiento Penal.

No prospera, pues, el recurso por el error que los procesados alegan en cuanto a la apreciación de las pruebas o del veredicto.

Y puesto que la causal 1ª: indebida o errónea aplicación de la ley penal, sólo se ha invocado como consecuencia de la otra, y por otros conceptos tampoco fue mal aplicada la ley penal, no puede prosperar el recurso por la 1ª causal.

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, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a cada uno de los reos Domingo Torres y Luis Hernán Navas la pena principal de veinticuatro años de presidio por los delitos de homicidio consumado en la persona de Fausta Gómez, y de robo en los bienes de Enrique Villabona.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Manuel José Salazar, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Indicios en materia penal.--Veredicto fundado sobre prueba indiciaria.

1. Cuando cada uno de los hechos considerados como indicios carecen en absoluto de todo valor demostrativo o no guarda verdadera relación con el hecho incriminado, es claro que por numerosos que se supongan esos llamados indicios, en realidad no lo son; y el valor de ellos sería nulo porque la suma de muchos ceros no pasará de cero. Pero tampoco sería lógico considerar absolutamente aislado cada uno de los hechos-indicios, con total independencia de los otros, pues en esta clase de pruebas el conocimiento del hecho que se trata de demostrar no podría obtenerse sino por la coordinación de los indicios entre sí y por la relación entre el conjunto de ellos y el hecho cuya existencia puedan ellos probar, ya que la convergencia de los diferentes indicios sobre un mismo punto no puede atribuírse comúnmente a la casualidad. De que esos indicios sean pruebas incompletas no se deduce que carezcan en absoluto de todo valor, pues la misma ley reconoce que pueden dos o más pruebas incompletas ser plena prueba si reúnen determinados requisitos (artículo 206, Código de Procedimiento Penal).

2. No por erróneo puede calificarse de injusto un veredicto; y el veredicto fundado sobre la prueba indiciaria no puede por esa sola circunstancia estimarse como injusto. Pero estas apreciaciones han de entenderse en el sentido de que el indicio, como elemento de convicción, ha de tener lógica y jurídicamente un fundamento o comprobación suficiente, y el valor probatorio de tál. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los Jueces de derecho acerca de la notoria injusticia apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los Jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado.

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

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

El defensor de Ricardo Rodríguez Contreras recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, que impuso al procesado la pena principal de veinticuatro años de presidio como responsable de homicidio en Marcelino Espinel y Tulia Méndez, quienes aparecieron muertos en su casa de habitación en el punto o caserío de *San Luis*, cercano a Cúcuta, la mañana del treinta de marzo de mil novecientos treinta.

A la Corte envió el mismo defensor, constituído apoderado especial para la casación, un alegato en que hace el análisis de las pruebas y del veredicto con la conclusión de que en la sentencia "por errada interpretación o apreciación de los hechos, se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen"; y que "la sentencia se dictó sobre un veredicto evidentemente contradictorio."

El señor Procurador Delegado en lo Penal se opone a la invalidación del fallo, previo examen de las causales 2ª y 7ª de casación invocadas por el recurrente. Y estudia también la cuestión de notoria injusticia del veredicto, tocada en el alegato de casación, posible motivo o aspecto del recurso que también impugna.

La historia del proceso aparece relatada en forma muy clara y exacta en los pasajes de la vista del señor Procurador, que a continuación se transcriben, y que dicen:

"El Juzgado Superior de Cúcuta profirió auto de proceder contra Ricardo Rodríguez Contreras y Antonio Contreras, como autor y cómplice, respectivamente, del doble homicidio perpetrado en las personas de Marcelino Espinel y Tulia Méndez, y sobreseyó en favor de otros sindicados, de manera definitiva para unos y temporal para otros.

"El Tribunal Superior de Pamplona reformó el auto del Juzgado en el sentido de llamar a juicio a Antonio Contreras como coautor y no como

cómplice de los homicidios, y aclaró y modificó algunos puntos referentes a los sobreseimientos. Dejó en pie el llamamiento a juicio que por el doble homicidio había hecho el Juzgado, a Ricardo Rodríguez Contreras en su calidad de autor.

"Realizadas las audiencias públicas, los veredictos fueron afirmativos, con excepción del referente a la premeditación con que hubiera obrado Antonio Contreras.

"El Juzgado declaró notoriamente injusto el veredicto, pero el Tribunal, al revisar por consulta aquella decisión, la revocó por haber encontrado una nulidad, o sea la consistente en haberse formulado en un solo cuestionario, para cada acusado, lo relativo a los dos homicidios.

"Vuelto el asunto al Juzgado, esta Oficina encontró, a su turno, que la nulidad no debía contarse de la formulación de los cuestionarios en adelante, sino que debía retrotraerse a la diligencia de sorteo de Jurados por haberse presentado la hipótesis prevista en el artículo 310 de la Ley 57 de 1887.

"En virtud de esa nueva decisión, se nombró un nuevo cuerpo de Jurados y se llevaron a término unas dilatadas y accidentadas audiencias públicas, de las cuales salió un veredicto condenatorio para Ricardo Rodríguez Contreras y uno absolutorio para Antonio Contreras."

"..... ....

"El Juzgado, ante ese segundo veredicto, emprendió un extenso estudio sobre lo que es la prueba indiciaria y se enfrascó en una labor de refutación al valor de convicción que les dieron los Jueces de conciencia a los distintos elementos indiciarios que militan en el proceso contra Rodríguez Contreras. Como conclusión de ese largo análisis, decidió aceptar el veredicto absolutorio pronunciado en favor de Antonio Contreras, y declarar notoriamente injusto, por contraevidente, el proferido contra Ricardo Rodríguez Contreras.

"Llegado de nuevo el asunto al Tribunal, por consulta, esa corporación confirmó la sentencia absolutoria dictada en favor de Contreras y revocó la resolución de la injusticia notoria del veredicto condenatorio proferido en contra de Ricardo Rodríguez Contreras, y ordenó que el inferior dictara la sentencia condenatoria correspondiente.

"El fallador de primera instancia condenó entonces a Ricardo a la pena principal de veinte años de presidio y cinco de reclusión, dando aplicación al Código Penal de 1890, que juzgó era el más favorable para el acusado.

"El Tribunal, con fecha 10 de noviembre del año próximo pasado, reformó la sentencia del Juzgado en el sentido de condenar a Ricardo Rodríguez Contreras a la pena principal de veinticuatro años de presidio, con aplicación del nuevo Código Penal, que juzgó era el más favorable para el procesado.

"Contra ese fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el defensor del procesado.

"El señor defensor, doctor Oscar Verjel Pacheco, al sintetizar el aspecto jurídico de su pretendido libelo, dice que la sentencia del Tribunal violó el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal en sus ordinales segundo y séptimo.

"Interpretando el pensamiento del recurrente, resultaría que la sentencia del Tribunal es vulnerable por dos de las causales de casación previstas en el nuevo Código de Procedimiento, esto es, la segunda y la séptima."

En el alegato de la parte recurrente se han propuesto dos aspectos o causales para fundar la casación intentada: haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio, circunstancia que tanto las leyes anteriores como el nuevo Código han erigido en causal de casación, y errada interpretación o apreciación de los hechos, mejor dicho, carencia de pruebas sobre la responsabilidad, motivo éste que hace decir al apoderado lo siguiente: "El veredicto del Jurado es para el condenado manifiestamente injusto."

Causal de casación consistente en haberse fundado la sentencia sobre un veredicto contradictorio.

La sustenta el recurrente así:

"Para el auto de calificación o de fondo sirvió de base y por ende para vocación a juicio de los procesados Ricardo Rodríguez Contreras y Antonio Contreras, la misma prueba indiciaria, porque en este negocio ella es indivisible, ya que tiene una misma fuente, un mismo contenido y un mismo fin; por eso fueron llamados a juicio como *coautores*. Pero en cambio, el veredicto dividió la eficacia a virtud intrínseca y extrínseca de la prueba, o, mejor dicho, para los Jueces populares, la prueba que sirvió para condenar o incriminar totalmente a Ricardo Rodríguez Contreras careció de todo valor condenatorio o de cargo contra Antonio Contreras. En otras palabras: La prueba que es una misma por su naturaleza jurídica y moral presta en este negocio dos méritos completamente *contrarios:* Para uno, condena o afirma; para el otro, absuelve, o sea niega. *Perfecta contradicción.*

"Otra consideración podría hacerse si hubiera variada situación de prueba, o por lo menos múltiple producto probatorio; pero cuando no lo hay, como en este que se analiza, resulta por lo menos *absurdo* condenar y absolver al mismo tiempo, que en el fondo revive el principio de contradicción moral y filosófica: una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido."

La Procuraduría de la Nación replica:

"Dice el recurrente que el veredicto es contradictorio porque condenó a Ricardo y absolvió a Antonio, a pesar de que contra ambos procesados existen las mismas pruebas.

"La aseveración de que la situación jurídica de los dos procesados es igual, no tiene ningún respaldo, y el autor de la demanda ni siquiera intenta su demostración.

"Contra Antonio Contreras no militan las mismas probanzas que condenan a Ricardo Rodríguez Contreras, como puede verse leyendo el expediente.

"La contradicción, por tanto, no existe. El Jurado tuvo elementos de convicción acerca de la responsabilidad de Rodríguez y creyó también, con fundamento, que los pocos factores que hicieron pensar al principio que Antonio Contreras era coautor de los delitos, se desvanecieron y debilitaron a tal punto que los Jueces de hecho llegaron a la certeza moral de que Antonio no era responsable."

Considera innecesario la Sala insistir sobre este punto, ya que no se advierte la más leve oposición entre el hecho de declarar responsable a Ricardo Rodríguez y considerar que Antonio Contreras no lo es.

Ni siquiera ocurre en el presente caso la circunstancia de que se hubiese preguntado al Jurado si Ricardo obró previo concierto o en concurso con Antonio, lo cual hubiera podido dar un viso o apariencia de razón al cargo hecho por el recurrente contra la sentencia.

Causal 2ª—Error en la interpretación de los hechos o en la apreciación de su valor probatorio. Notoria injusticia del veredicto.

Ya se dijo que los delitos imputados a Rodríguez Contreras ocurrieron en marzo de mil novecientos treinta y ocho, es decir, antes de que entrara a regir la nueva legislación penal. El procesado tiene, sin embargo, el derecho de acogerse a ella si resultare más benigna o favorable para el mismo.

La Corte considera que sería anómalo involucrar causales de casación del nuevo Código y de la ley anterior; pero como en materia penal debe en todo caso aplicarse la ley más favorable al procesado, principio jurídico que está reconocido y proclamado en la ley penal, en la de procedimiento y aun en la Constitución, no obstante haber citado el recurrente el numeral 2º del artículo 567, Código de Procedimiento Penal, puede estudiarse el recurso a la faz de la ley vigente al tiempo de iniciarse el proceso.

Sobre injusticia del veredicto, la vista del Ministerio Público dice lo siguiente:

"A este propósito la Procuraduría se permite insistir de manera muy respetuosa ante la honorable Corte en la tesis ya tántas veces expuesta, de que el nuevo Código de Procedimiento Penal eliminó la injusticia notoria del veredicto como causal de casación.

Reitera, igualmente este Despacho, su pensamiento de que la causal segunda de casación sólo puede tener una amplia aplicación en los casos en que la sentencia de primera instancia haya sido proferida por los Jueces de Circuito, pero que en los procesos en que ha intervenido el Jurado, el análisis de la prueba sólo puede tener lugar cuando se ataca directamente la existencia del cuerpo del delito, pues de otra manera, el pretender desconocer las decisiones de los Jueces de hecho, so pretexto de que apreciaron mal las pruebas, no es otra cosa, en el fondo, que atribuir a la Corte el carácter de Tribunal de tercera instancia.

"Sin embargo —agrega— teniendo en cuenta que este expediente tuvo su iniciación antes del 1º de julio de 1938, y que por tal circunstancia debe estar sometido en el recurso extraordinario de casación, a las normas imperantes en la anterior legislación, se entrará a estudiar muy rápidamente, desde luégo, lo referente a la injusticia del veredicto, que si estaba consagrada como causal de casación antes de la reforma del año de 1938."

Observa acerca de este particular la Corte que como las leyes de casación vigentes cuando se inició el proceso enunciaban expresamente como causal del recurso el haberse dictado la sentencia "sobre un veredicto viciado de injusticia notoria", no es necesario afrontar en el presente fallo el problema planteado por la Procuraduría, pues aun cuando el recurrente invoca de modo inequívoco la causal 2ª del actual Código de Procedimiento, todo el alegato es un análisis o crítica de las pruebas tendientes a concluír, como allí se dice, que "el veredicto del Jurado es para el condenado manifiestamente injusto."

El veredicto del primer Jurado que se pronunció acerca de este proceso fue declarado por el Juez notoriamente injusto; y aun cuando el Tribunal Superior de Pamplona no entró a considerar el fondo de esa declaratoria, y prefirió anular el procedimiento por cuanto las cuestiones habían sido mal propuestas, lo cierto es que los procesados siempre hubieron de comparecer ante un nuevo Jurado, que absolvió a Antonio Contreras y, como el anterior Jurado, declaró responsable a Ricardo Rodríguez Contreras.

Entonces el Juzgado, acatando el veredicto relativo a Antonio Contreras, lo absolvió; y en la misma providencia hizo un extenso estudio de

las pruebas para concluir que el veredicto condenatorio contra Ricardo Rodríguez Contreras era injusto, y así lo declaró.

Cuarenta y tres páginas tiene la providencia del Juzgado sobre declaración de notoria injusticia del veredicto, en las cuales hace la historia del proceso, transcribe interesantes pasajes de algunos tratadistas sobre la prueba de indicios, y acomete luégo el análisis de los que en este juicio se han tenido en cuenta.

Ante la Corte el apoderado del recurrente también presentó la lista de indicios siguiendo muy de cerca al Juez en la forma de enunciarlos.

Sobre el fallo del Juez hace la Procuraduría de la Nación el comentario siguiente:

"Difícilmente se encontraría un argumento más elocuente y definitivo para rechazar la pretendida injusticia del veredicto, que el que suministra el señor Juez Superior de Cúcuta en su providencia del 6 de abril de 1942, en que hace la declaratoria de la injusticia. Son cuarenta y tres páginas encaminadas a desmenuzar y desbaratar treinta y dos indicios que pueden ser todo lo insuficientes que se quiera para un Juez de derecho, pero que son más que definitivos para un Jurado que juzga, verdad sabida y buena fe guardada, sin sujeción a tarifa de pruebas y sin obligación de expresar por qué medios llegó a formarse una convicción moral sobre la responsabilidad del procesado."

Para la Corte es obvio que tratándose de hechos criminosos envueltos en el misterio —como ocurre con el asesinato de los ancianos Espinel-Méndez—, y en que por tanto sólo hay prueba indiciaria para sindicar a determinada persona, siempre será posible un error de juicio acerca de la responsabilidad del procesado, sea que se le condene o que se le absuelva.

El Tribunal Superior de Pamplona, al conocer de la apelación que interpusieron Ricardo Rodríguez Contreras y Antonio Contreras contra el auto de enjuiciamiento, enunció los indicios o pruebas de cargo relativas a aquellos procesados, así:

"De cómo hicieron su presentación los Contreras en este proceso, es una cuestión fácil de dilucidar como en seguida se verá: En el acta de inspección y requisa levantada por el propio Juez de la causa casi inmediatamente fueron conocidos los sucesos delictuosos, se recordará, se ordenó agregar al expediente, por creerlo importante para el esclarecimiento de los hechos, una hoja escrita con lápiz rojo visible al folio 9, en la que aparece una cuenta de Ricardo Contreras y Marcelino Espinel, cuyo monto asciende a la suma de doscientos pesos treinta centavos, cuenta que viene desde mil novecientos treinta y cuatro, según aparece, y un libro de cuentas de uso del señor Marcelino Espinel, en el que, conforme a la aseveración del Juez, ya que aquél en realidad no fue agregado al informativo, aparece en uno de sus folios una cuenta de "Contreras Hermanos", un tarro de hoja de lata y un pedazo de vidrio con marco correspondiente a una vidriera. Del cotejo de letras verificado entre las cuentas en mención y la firma de Marcelino Espinel inserta en su cédula de ciudadanía, a más de ser estos documentos hallados entre los objetos del victimado, hicieron concluir al señor Juez la propiedad 'o para mejor decir, demuestran claramente que el autor de la escritura y dueño de tales cuentas era Marcelino Espinel y las personas a que se refiere no otras que los Contreras, a quienes se ha hecho referencia'. Este indicio, así como las informaciones de diverso orden, suministradas por los detectives municipales, como más adelante se verán, que colaboraron con el Juzgado del conocimiento, determinaron la detención de los hermanos Mario y Francisco Contreras, de su tío Ricardo Rodríguez Contreras, y del criado de este último, Antonio Contreras. A las postrimerías de esta investigación aparecieron igualmente como sindicados Francisco Caballero y Roberto Ramírez Vargas. En guarda del orden que debe dominar en el estudio y revisión de las pruebas acumuladas en el sumario, se analizará por separado la responsabilidad de cada uno de los sindicados para luégo señalar la situación jurídica que les corresponde ocupar en el auto de proceder reclamado."

"..... ....

"Se recordará que en la inspección ocular practicada se encontró sobre el mostrador de la tienda una libreta empastada en cartón y tela, abierta, y con las pastas hacia arriba, conforme a lo aseverado por el señor Juez del conocimiento y entre las varias cuentas que en ella constaban, figuraba una de Contreras Hermanos; a más de esto, se halló un extracto de esta misma cuenta, no ya con la denominación de Contreras Hermanos, sino a cargo de Ricardo Contreras, escrita con la misma letra, la que cotejada con la firma de Espinel, y por encontrarse entre sus papeles, presuponen su propiedad, hechos estos indicadores de que la cuenta de Contreras Hermanos a nadie más que a Ricardo Contreras se refiere.

"El sindicado Ricardo Rodríguez Contreras negó haber tenido cuentas pendientes con Espinel, y si bien es cierto que afirmó haberlo conocido por los años del veintidós al treinta y cuatro, en Lourdes, donde en compañía de su hermano Carlos Contreras tuvo un negocio de casino y pesa; expresó no haberlo vuelto a ver en ninguna otra parte; mas las negativas del sindicado se encuentran contradichas en los autos median-

te circunstancias reveladoras de las relaciones comerciales entre Espinel y Contreras, suspendidas por algún tiempo, y luégo vueltas a reanudar con ocasión de haberse residenciado Marcelino Espinel en San Luis. Que el Ricardo Contreras que aparece como acreedor en las cuéntas del victimado no es otro que el sindicado, lo está constatando la discriminación de la propia cuenta, la que se refiere a un préstamo de doscientos pesos hecho por el primero al segundo el diez y seis de abril de mil novecientos treinta y cuatro, y abonos en carne, época en que Contreras y Espinel vivían en la población de Lourdes, hecho aún más confirmado con el testimonio hábil y honorable, carente de toda tacha, del señor Jerónimo Jaimes C., quien acreditó la existencia de la cuenta de los doscientos pesos que el sindicado debía a Marcelino Espinel, porque en alguna ocasión éste lo comisionó para cobrarla a Rodríguez, negándose a pagarla, y que esas relaciones comerciales habidas entre Espinel y Rodríguez hubieran continuado en San Luis, basta lo declarado por la testigo Alvarez, criada de la casa del sindicado, quien afirmó las visitas frecuentes que Espinel hacía a la casa de los Contreras, como se verá más adelante. Así, pues, la negativa del sindicado no se explica de otra manera sino por el deseo de evitar toda vinculación en los hechos delictuosos, participación que por el contrario fluye de un cúmulo de indicios relacionados entre sí, que vienen a patentizar el delito en sí, y los móviles que lo condujeron a la perpetración del reato.

"Mario y Francisco Rodríguez afirman en sus indagatorias que tanto su tío Ricardo como el sirviente Antonio Contreras no salieron de la casa en la noche del veintinueve de marzo, debido especialmente a que su tío estaba enfermo a consecuencia de un ataque que le había dado noches antes y en que lo había atendido el doctor Casas.

"Ricardo Rodríguez Contreras y Antonio Contreras hicieron idéntica afirmación. La enfermedad, por consiguiente, que se dice afectaba la salud del sindicado Rodríguez Contreras, ¿pudo en efecto paralizar sus habituales incursiones a los centros de diversión y a los garitos, interrumpir momentánea y temporalmente su vida nocturna? El doctor Pablo E. Casas, en declaración que rindió al día siguiente de iniciada la instructiva, expuso que ocho días antes había recetado a Ricardo Rodríguez, en su casa de habitación por alguna indisposición muy ligera que según su concepto solamente le produciría la noche de impedimento, quedando por lo tanto al día siguiente en condiciones de entregarse a sus ocupaciones ordinarias."

En seguida de esta descripción de indicios dedica el Tribunal un capítulo de su auto al testimonio de Ana Rosa Alvarez, estudio que hace con este epígrafe: "Una declaración importante". Y liga después su análisis con el de otras pruebas, así:

"Y es que el dicho de la testigo Alvarez, referente a los suministros de oro que vio le hizo el anciano Espinel a Ricardo Rodríguez Contreras días antes del delito, tiene su confirmación en los autos:

"Refiere Víctor J. Peña (folio 38), Inspector Primero de Permanencia de Cúcuta, que a mediados del mes de marzo entró una mañana a la oficina del Corregimiento de San Luis, y el Secretario del Corregimiento, señor Alcides Omaña, le preguntó si conocía a un individuo llamado por mal nombre *Sagarrera* o Ricardo Rodríguez Contreras, pues él creía que ese individuo era sospechoso, que le hacía esa pregunta porque le habían informado que estuvo en el botiquín llamado *King Kong*, situado en San Luis, haciendo ostentación como de cosa de ochenta monedas de oro, hecho éste visto y presenciado por numerosas personas; que tres de estas monedas se le cayeron recogiéndolas una mujer de esas que permanecen en el citado establecimiento, quien las devolvió a su dueño. 'Ese mismo día —continuó el declarante— llegué yo a la oficina de Permanencia a trabajar en mi turno y le informé a Víctor Julio Berbesí, Policía de la Secreta, y a Mario Romero, Secretario del Tercer Inspector, lo que me había contado el Secretario del Corregimiento de San Luis sobre el tal *Sagarrera*, insinuándome uno de ellos que librara una boleta de citación contra el tal *Sagarrera*, y otro hermano, cosa que hice y la retiré después de uno o dos días que la tuvo en su poder el Agente a quien se le dio, en vista de que hasta esa fecha no había sido citado. Esta citación la hice por haberme informado Berbesí que el citado *Sagarrera* era persona sospechosa o de dudosa conducta. A raíz de lo que ya he expuesto, yo volví otra vez a San Luis y estuve nuevamente en la oficina del Corregimiento, y me informó el mismo Secretario que los Agentes de la Secreta Municipal habían estado en el botiquín *King Kong* averiguándole al dueño lo que hizo el tal *Sagarrera*, es decir, las actividades de éste en esos días, según informó a él el dueño del botiquín, y asimismo el mencionado *Sagarrera* había vuelto al botiquín *King Kong* después de la visita de los de la Secreta a averiguar si era cierto que los andaban averiguando unos detectives de la Policía Nacional, y que el dueño o empleado del establecimiento, le dijeron que sí habían estado unos detectives, pero de la Policía Municipal, y que el tal *Sagarrera*, al oír la información que le dieron, había manifestado que si eran esos los que lo estaban solicitando no le preocupaba porque dizque éstos se aguantaban.'

"Alcides Omaña declaró: 'El lunes pasado, veintiocho de marzo del corriente año, como a eso de las siete de la noche, llegué al bar *King Kong,* situado en el caserío de San Luis, y me encontré con Marcos Sayago, dueño del establecimiento, quien me manifestó me había deseado estuviera la noche anterior, domingo, pues había estado allí un señor a quien apodaban por mal nombre *Sagarrera,* parrandeando, y tenía muchas libras de oro en los bolsillos, y un revólver charolado, botón, con el que había hecho varios disparos, poniendo en peligro la vida de los que estaban allí presentes, pues el dicho individuo se encontraba embriagado; me dijo también que las libras se le habían caído al suelo, y que varias se las había recogido la negra Rosenda Guerrero, mujer que asiste allí y que esa noche estuvo en su compañía. Como a eso de las ocho y media de la noche, me dirigí a acostar. El día siguiente, martes veintinueve, estando en la oficina del Corregimiento atendiendo los asuntos, llegó el señor Víctor J. Peña, quien actualmente ejerce el cargo de Inspector de Permanencia, y creí oportuno y necesario, como autoridad que es, de ponerle en cuenta este asunto, y así lo hice, relatándole todo lo que me había dicho Sayago, y que ya dejé expuesto. Marcos Sayago me manifestó también que *Sagarrera,* cargaba esa noche como sesenta o setenta libras de oro de a cinco pesos, y así se lo manifesté también a Peña. El martes veintinueve, o sea ese mismo día, en la noche, poco más o menos como a las siete, me encontraba yo en el bar *King Kong* conversando con Marcos Sayago sobre asuntos particulares, cuando en eso llegaron en un carro dos señores a quienes no les sé sus nombres, el uno vestido de blanco, más bien pequeño, blanco, pálido, y el otro vestido de un flux de paño gris, como a rayas, más bien alto, pálido; el sujeto vestido de paño llamó la atención a Marcos Sayago, y los tres (Sayago, dicho señor y el de blanco), se metieron al interior del botiquín, y como al cuarto de hora volvieron a aparecer y se tomaron unas cervezas, brindándole a Rosenda Guerrero, quien se encontraba en esos momentos presente. Acabado esto salieron en el mismo carro con dirección a esta ciudad. Cuando se fueron me manifestó Marcos Sayago: Ese es el cliente, refiriéndose al de vestido de paño y al que apodaban *Sagarrera,* el de los hechos que me había contado, y que el que le acompañaba era hermano de *Sagarrera;* éste era el que cargaba las libras y que había ido a averiguarle si lo habían estado buscando unos detectives de la Nacional, y que él le había informado que de la Nacional no, que de la Municipal, y me dijo cuáles, pero no recuerdo cuáles fueron, y que al oír *Sagarrera* los nombres de éstos y lo que le comunicaba Sayago, me dijo que esos se *aguantaban,* pues varias veces lo habían hecho para hacer vainas con él, que seguramente lo estarían buscando para que les diera algo. También me informó que le había manifestado *Sagarrera* que las libras que cargaba la noche Domingo (sic) se las había levantado a puro verbo en una estafa que le había hecho a un viejo. También me comunicó Marcos Sayago que *Sagarrera* le había averiguado quién era yo, que él le había dicho que era el Corregidor, preguntándole *Sagarrera* que si yo sabría del asunto e informándole Marcos que tal vez lo supiera, pues cuando él había estado la noche anterior se encontraba un individuo muy amigo mío allí. También me dijo Marcos Sayago que *Sagarrera* le había manifestado que no había podido concurrir la noche del lunes a su establecimiento, pues se había ido para Pamplona en la mañana de ese día, y que en esta ciudad esta misma mañana se había encontrado con la negra Rosenda Guerrero y le había dicho que le dijera a él (Marcos Sayago) que se iba para Pamplona. El señor *Sagarrera,* según me lo manifestó también Marcos Sayago, le instó a éste para que negara que él cargaba libras de oro esa noche y también que le había dicho esto a la negra Rosenda, que si la llamaba negara de plano lo que había presenciado; pero que Sayago le había manifestado que eso no lo podía negar, pues ya se lo había informado a los detectives que habían estado allí, y que todas las personas lo habían presenciado.'

"Marcos Sayago, propietario del bar *King Kong;* Rosenda Guerrero (folio 52 vuelto), el chofer Rafael Moros (folio 53) y Guillermo Mora, confirman lo atestiguado por el Secretario del Corregimiento de San Luis, a saber: que en una de las noches inmediatamente anteriores al crimen, Ricardo Rodríguez Contreras estuvo haciendo ostentación de una gran cantidad de monedas de oro, reconocidas como legítimas por la mayoría de los declarantes, por haberlas visto de cerca, de donde se deduce que lo aseverado por la testigo Alvarez, respecto a las monedas de oro dadas por Marcelino Espinel a Contreras por concepto del negocio de los billetes que dice falsificaban, es un hecho respaldado por pluridad de testimonios, que ponen muy en alto la sinceridad de la única persona testigo presencial de las actividades de los Contreras en los días anteriores y en la noche misma del delito.

"El detective Mario Aníbal Romero, luégo de ratificar el relato hecho por Víctor J. Peña, hace referencia a los antecedentes judiciales del sindicado Ricardo Rodríguez Contreras, de quien dice está sindicado de homicidio y de fuga, y de un asunto de un caso de abuso de confianza y estafa, siendo la víctima Crisóstomo Camperos,

Más adelante expuso: 'Yo fui una vez a casa de Ricardo Contreras con Víctor Berbesí y Carlos Sáenz, Eusebio Ortiz y Luis F. Valencia y Ricardo Andrade; eso hace algún tiempo, que no pasa de tres o cuatro meses. Allí ese día estaba tomando y nos contó que él le iba a hacer un trabajo a un cliente que era parecido al de Crisóstomo Camperos, y que le daría dinero. En otra ocasión, tiempo después, dijo que él tenía para hacer un trabajo del mismo asunto, pero que el individuo quería que se lo hiciera en San Luis.... Ricardo Rodríguez, después del caso de Camperos, cultivó la amistad de nosotros creyendo que nosotros le hacíamos alto en cualquier asunto, y tal vez le tapábamos sus cosas, pues él vivía azorado con los cuatro detectives que andaban siempre detrás de él. Y a mi me cultivaba, creyendo que yo todavía era Agente, porque yo fui mucho tiempo compañero de los Agentes y he estado empleado. El siempre que nos hallaba en la calle nos brindaba una cerveza, y nosotros se la aceptábamos, los Agentes con mayor razón, como para despistarlo. Ellos necesitaban la amistad de él para que les contara cosas y hacerse a la intimidad de ellas. Yo sabía, porque ellos me contaban, y yo también les contaba a ellos. Recién del caso de las libras, ese que pasó como unos cinco o seis días antes del crimen que se sucedió en San Luis, nosotros sospechábamos que fueron los Contreras por los detalles que he referido, que Ricardo antes nos había dicho, y de ahí que Berbesí diera esta pista para la investigación.'

"Tiene lo dicho que Ricardo Rodríguez Contreras, sindicado del delito de homicidio en Fortunato Gómez y de fuga de la cárcel de Sardinata, cuando se hallaba detenido por el mencionado homicidio, como consta al folio 60 del informativo, es un individuo popularmente conocido en los anales policivos de Cúcuta, fichado en la Oficina de Permanencia por los delitos contra la propiedad y sujeto a la constante vigilancia de las autoridades, y que inmediatamente fue conocido el crimen perpetrado en San Luis las sospechas recayeron sobre los Contreras, y por los datos y antecedentes ya señalados, conjeturas que se tornaron en una contundente prueba de responsabilidad en contra de Ricardo Rodríguez Contreras, antiguo conocido de la víctima, y cuyas relaciones vine a estrechar y a reanudar cuando ésta se avecinó en San Luis.'

"Existe otro hecho muy importante relacionado por el señor Juez del conocimiento: 'Las puertas de la casa de las víctimas —dice— estaban cerradas por dentro unas, y la de la habitación principal estaba cerrada con candado por fuera. Esto hace pensar en lo siguiente: no habiendo, como no las hubo, huellas de violencia en ninguna pared, ni puerta para entrar ni para salir, los autores del delito penetraron a la casa por las puertas de la casa; para suceder esto se necesitaba que los dueños de casa fueran amigos o por lo menos conocidos de los que llegaban a ellos, pues de lo contrario no se explica cómo les pudieran abrir la puerta, una vez que entraron y se desarrollaron las escenas que es de suponer, necesariamente, tenían que ultimar a los habitantes de la casa, ya para que no los denunciaran del robo, ya para que no los denunciaran del homicidio en uno de sus habitantes. Así se explica, con sencilla lógica, la manera como penetraron a la casa de los ancianos, los asesinos, y el hecho de que se registrara todo y se diseminara, explica lo que del robo se ha dicho.'

"Es evidente que en la perpetración del delito debieron intervenir además de Ricardo Rodríguez Contreras y de Antonio Contreras, su sirviente, otras personas, como así se deriva de varias piezas del informativo, mas esta responsabilidad no pudo localizarse concretamente debido a que si en un principio los funcionarios encargados de la investigación no ahorraron esfuerzo alguno para descubrir a los partícipes del hecho, estas actividades decayeron notablemente, y así se tiene que las diligencias insinuadas por esta Superioridad, en providencia anterior, ninguna de ellas fue practicada, quedando el expediente en el mismo estado en que llegó por primera vez al Tribunal.

"Mas si bien es cierto que la responsabilidad de otros coparticipes no pudo acreditarse, en contra de Ricardo Rodríguez Contreras y de su sirviente Antonio Contreras, existe un cúmulo de indicios relacionados y coordinados entre sí, respecto a los antecedentes y móviles del delito y de la realización del mismo, que conducen forzosamente a la conclusión de que ellos cooperaron eficaz y directamente en la perpetración del reato."

Algunos de los reparos del Juez y del apoderado en casación sobre varios de los treinta y dos hechos en que aquél dividió los indicios, pueden ser fundados; otros no lo son.

Claro está, por ejemplo, que el hecho de haber vivido el procesado en una población y más tarde en otra, al propio tiempo que las personas que luégo resultaron asesinadas, no es un indicio de que precisamente tal procesado fuese el autor de aquel crimen; como no sería indicio necesario de ello la sola circunstancia de haber negado en un principio Ricardo Rodríguez Contreras su conocimiento y relaciones con aquellas personas.

Tampoco constituyen indicio que produzca certeza los antecedentes judiciales del procesa-

do en cuanto a homicidio, delitos contra la propiedad y fuga; ni el hecho sólo de que días antes del crimen hubiese sido poseedor de monedas de oro en cuantía exagerada, con relación a sus haberes, sería prueba concluyente de que sea el asesino de los ancianos Espinel-Méndez.

Pero si se consideran los antecedentes delictuosos de Rodríguez Contreras, que negó tener conocimiento anterior o relaciones con las víctimas, negativa que resultó luégo infirmada; que también resultó falso su intento de coartada, pues dijo no haber salido de su casa la noche del crimen, después de las siete, y luégo se estableció lo contrario; si anduvo en tratos ilícitos o poco menos con el anciano Espinel para obtener el oro de éste con el ardid o artimaña de enseñarle a falsificar billetes, se ve que por lo menos obran en el proceso los indicios de la capacidad para delinquir, infirmación de las disculpas y el conocido con el nombre de *quid prodest*, o sea el móvil para delinquir, consistente ya en el interés que pudiera surgir de eliminar la víctima y testigo de aquellos tratos ilícitos, ya, como lo creyó el Juez, en el interés de obtener el resto del oro que se supone podían guardar en su casa las víctimas.

Cuando cada uno de los hechos considerados como indicios carecen en absoluto de todo valor demostrativo o no guarda verdadera relación con el hecho incriminado, es claro que por numerosos que se supongan esos llamados indicios, en realidad no lo son; y el valor de ellos sería nulo porque la suma de muchos ceros no pasará de cero.

Pero tampoco sería lógico considerar absolutamente aislado cada uno de los hechos-indicios, con total independencia de los otros, pues en esta clase de pruebas el conocimiento del hecho que se trata de demostrar no podría obtenerse sino por la coordinación de los indicios entre sí y por la relación entre el conjunto de ellos y el hecho cuya existencia puedan ellos probar, ya que la convergencia de los diferentes indicios sobre un mismo punto no puede atribuírse comúnmente a la casualidad.

Puesto que ninguno de los indicios establecidos en este proceso tiene la calidad de necesario, cada uno de esos fragmentos de prueba puede no poseer, aisladamente considerado, fuerza suficiente para producir certeza o convicción sobre el hecho central, o sea la responsabilidad de Ricardo Rodríguez Contreras en la muerte violenta de los ancianos Espinel-Méndez. Pero de que sean pruebas incompletas no se deduce que carezcan en absoluto de todo valor, pues la misma ley reconoce que pueden dos o más pruebas incompletas ser plena prueba si reúnen determinados requisitos (artículo 206, Código de Procedimiento Penal).

Los indicios en virtud de los cuales fue llamado a juicio Ricardo Rodríguez Contreras aparecen establecidos en los autos así: unos, por la declaración de Ana Rosa Alvarez, sirvienta de la casa de éste; y otros, por medios diferentes de tal declaración.

El testimonio de la Alvarez, que de ser completamente intachable constituiría prueba hasta para que un Juez de derecho pudiera condenar, ha sido materia de viva controversia en el proceso por la forma en que se produjo y fue aducido al expediente.

Con la circunstancia, además, de que entre el Juez sentenciador de primera instancia, que declaró inválida la prueba, y su antecesor, que la había creado, surgió al respecto fuerte pugna sobre el origen y valor del testimonio de la Alvarez, circunstancia que vino a constituír nuevo factor de incertidumbre y que habría hecho aconsejable que este proceso se hubiera ventilado en otro Distrito Judicial.

La Sala, después de prolongadas deliberaciones, ha optado en esta sentencia por exponer el pro y el contra en relación con el valor que a la luz de la lógica pueda atribuírse a los indicios en virtud de los cuales fue declarado responsable Ricardo Rodríguez Contreras. Y analizando muy reflexivamente las pruebas, especialmente la declaración de Ana Rosa Alvarez, encuentra que en este proceso ocurre una situación análoga a la que en otras ocasiones ha hecho decir a la Corte lo siguiente:

No por erróneo puede calificarse de injusto un veredicto; y el veredicto fundado sobre prueba indiciaria no puede por esa sola circunstancia estimarse como injusto. Pero estas apreciaciones han de entenderse en el sentido de que el indicio, como elemento de convicción, ha de tener lógica y jurídicamente un fundamento o comprobación suficiente, y el valor probatorio de tál. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los Jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los Jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado.

Estas ideas, expuestas por la Corte, entre otras, en la casación de Arturo Nova, quince de octubre de mil novecientos treinta y seis (*Gaceta Judicial* números 1911 y 1912, página 853), y en la de José Hipacio y Hernando Antonio Gil, cua-

tro de mayo de mil novecientos treinta y siete (*Gaceta Judicial* número 1923, página 71), es decir, cuando regían las antiguas leyes de casación, pueden aplicarse al caso de Ricardo Rodríguez Contreras, el cual está ahora decidiendo esta Sala, dado que se trata de un proceso anterior a la nueva legislación penal.

Y quede muy claro que con ello no adelanta la Corte opinión alguna sobre si Ricardo es o nó responsable de los homicidios que vienen imputándosele, puesto que la Corte no es juzgador de instancia ni mucho menos Juez de conciencia como el Jurado.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el parecer del señor Procurador de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, que impuso a Ricardo Rodríguez Contreras la pena principal de veinticuatro años de presidio como responsable de la muerte de Marcelino Espinel y Tulia Méndez, y en su lugar ordena que se convoque un nuevo Jurado.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Carlos Arturo Díaz, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Estimo de suma gravedad el paso que dio la mayoría de la Sala en el anterior fallo.

Digo eso con el acatamiento que merecen mis colegas, fundándome en lo siguiente:

1º Por dos veces el Jurado declaró responsable a Ricardo Rodríguez Contreras del asesinato en las personas de Marcelino Espinel y Tulia Méndez. Qué tan moralmente comprometedores son los indicios que existen contra el reo, cuando dos Tribunales de Jueces de hecho no han tenido vacilación en convencerse de que las citadas víctimas perecieron a manos de aquel sujeto;

2º Un veredicto adolece de injusticia notoria o es opuesto a la evidencia, en los casos en que repugna a la plena prueba legal. ¿Y habrá prueba legal plena de que Ricardo Rodríguez Contreras no fue quien mató a Espinel y la Méndez? ¿Se acreditó de modo completo que el procesado es inocente y ajeno al doble asesinato? No. Sólo trata la mayoría de demostrar la poca fuerza de los indicios que acusan a Rodríguez Contreras, como si el Jurado tuviera que someterse a preestablecidas reglas probatorias de aquellas que necesita el Juez de derecho para la obtención de la certeza que las leyes le imponen;

3º Destruyó la sentencia el veredicto por ser éste notoriamente injusto, con lo cual la mayoría está afirmando, al fin y al cabo, que no hay prueba ninguna, apta, de la responsabilidad de Ricardo Rodríguez Contreras. Y entonces, no entiendo la significación del párrafo que copio: "Y quede muy en claro que con ello no adelanta la Corte opinión alguna sobre si Ricardo es o nó responsable de los homicidios que vienen imputándosele, puesto que la Corte nó es juzgador de instancia ni mucho menos Juez de conciencia como el Jurado"; y

4º Invocadas por el recurrente las causales 2ª y 7ª del artículo 567, Ley 94 de 1938, no era ni es jurídico que en vez de esa segunda causal se hubiera considerado la 5ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, bajo el inadmisible pretexto de aplicabilidad de la ley penal más favorable. Y es que planteado el debate con la alegación de aquellas dos causales de la nueva ley de procedimiento, la Corte estaba en el deber de acatar el imperativo mandato del artículo 568 *ibidem*, el cual prohibe "tomar en cuenta causales de casación distintas de las que hayan sido expresamente alegadas por las partes".

Campo Elías Aguirre

IMPEDIMENTOS

La circunstancia de haber dictado una persona, como Juez o Magistrado, auto de enjuiciamiento en un negocio criminal, no es impedimento para que después, en la segunda instancia, dicte sentencia, pues tanto el valor de las pruebas como los elementos de la responsabilidad se aprecian con método y criterios distintos en esas dos etapas del juicio: si así no fuera, el auto de proceder equivaldría al anuncio de una inevitable condenación, lo cual sería monstruoso. No es imposible que el temor del interesado, en este u otros campos semejantes, obedezca a la circunstancia de que los Jueces suelen agotar el estudio del proceso para llamar a juicio, y entonces la providencia que califica el sumario tiene visos de sentencia. Pero un Juez o Magistrado consciente de los deberes y de la responsabilidad que le incumben, no puede, al tiempo de sentenciar, atenerse exclusivamente al juicio formado por él cuando calificó el mérito del sumario, ya que el fallo definitivo implica más graves y trascendentales consecuencias que el simple enjuiciamiento, y en esa decisión final tiene el Juez que apreciar de nuevo y con mayor cautela el valor de las pruebas y formar su juicio sobre posibles factores de no punibilidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

Teófilo Butrabi, procesado por abuso de confianza, recusó al Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Rito Quintero Díaz, fundándose en que dicho Magistrado ya había conocido como Juez de primera instancia en el mismo asunto, "y hasta correspondióle, dice el recurrente, proferir el respectivo auto de proceder".

Conviene advertir que el juicio contra Butrabi se adelantó en el Juzgado 2º Superior de Bogotá, y que la recusación se propuso con motivo de haber subido el expediente al Tribunal en apelación de la sentencia condenatoria.

El memorial que suscitó este incidente fue presentado, o al menos puesto al despacho, el diez y seis de septiembre último; y con fecha diez y nueve, sin más actuación, la Sala, formada por los Magistrados doctores Quintero Díaz, Del Río y Galvis Alvarez, declaró infundada la recusación y dispuso enviar el proceso a la Corte, "como lo ordena el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal".

Para resolver, se considera:

El Tribunal, quizá debido a lo confusas de las disposiciones legales vigentes hoy en materia de recusaciones, ha dado a este incidente no el trámite que corresponde al caso en que la recusación se refiera a un Magistrado, artículo 75, Código de Procedimiento Penal, sino el indicado por el artículo 77 ibidem, que habla de la recusación propuesta contra un Juez.

Con todo, en el presente caso ya se pronunció sobre el particular no sólo el Magistrado a quien se recusó, sino la Sala de Decisión, de la cual forma él parte; y como de otro lado sobre el motivo o aspecto por el cual se ha propuesto la recusación la Corte ha sentado doctrina en repetidas providencias, es preferible, para evitar demoras, no entrar en consideraciones sobre el trámite, y así, la Corte opta por decidir sin más acerca del impedimento alegado, máxime cuando el procesado pide que se le resuelva con celeridad por hallarse preso.

El Magistrado a quien se recusó y sus compañeros de Sala emiten, comentando el numeral 4º del artículo 73, Código de Procedimiento Penal, un concepto análogo al que la Corte ha expuesto al decidir otros incidentes de impedimento o recusación, a saber: Si se diera a dicha norma procedimental la interpretación que el memorialista recusante pretende, el Juez que dictó auto de proceder no podría seguir conociendo ni dictar sentencia en el mismo asunto, e igual cosa aconteceria a los Magistrados a quienes haya correspondido confirmar el auto de enjuiciamiento del inferior, conclusión que por lo excesiva hace ver que la tesis del impedimento sería en un caso como este manifiestamente errónea.

Verdad es que la Corte ha admitido el impedimento para actuar como juzgador, manifestado por quien había emitido concepto anteriormente en un proceso como Agente del Ministerio Pú-

blico. Pero no es menos cierto que para ello se ha tenido en cuenta principalmente la circunstancia de que esta última calidad, no obstante ser oficial, implica el carácter de parte en el proceso, y parte actuante a veces con tal ahinco que bien pudiera pensarse vinculada al asunto por un interés, noble sin duda, por ser el de que se imparta debida justicia, pero interés que al fin y al cabo puede comprometer, o poner en riesgo al menos, la serena imparcialidad que debe caracterizar al Magistrado.

Situación diferente es la del que como Juez o Magistrado dictó auto de enjuiciamiento y ha de dictar sentencia más tarde, pues tanto el valor de las pruebas como los elementos de la responsabilidad se aprecian con método y criterios distintos en esas dos etapas del juicio: si asi no fuera, el auto de proceder equivaldría al anuncio de una inevitable condenación, lo cual sería monstruoso.

No es imposible que el temor del interesado, en este u otros casos semejantes, obedezca a la circunstancia de que los Jueces suelen agotar el estudio del proceso para llamar a juicio, y entonces la providencia que califica el sumario tiene visos de sentencia.

Pero un Juez o Magistrado consciente de los deberes y de la responsabilidad que le incumben no puede al tiempo de sentenciar, atenerse exclusivamente al juicio formado por él cuando calificó el mérito del sumario, ya que el fallo definitivo implica más graves y trascendentales consecuencias que el simple enjuiciamiento, y en esa decisión final tiene el Juez que apreciar de nuevo y con mayor cautela el valor de las pruebas y formar su juicio sobre posibles factores de no punibilidad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, declara *infundada* la recusación propuesta por Teófilo Butrabi, respecto del Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Rito Quintero Díaz, y decide que dicho Magistrado puede seguir conociendo del proceso que se adelanta contra Butrabi por abuso de confianza, que ha venido a la Corte.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.

Actas de las audiencias—Qué debe entenderse por veredicto contradictorio

1. Que el acta de las audiencias se agregue al expediente tan pronto como ellas se celebren o más tarde, cuando salga la sentencia, no es hecho conducente a fundar la causal de casación por nulidad del procedimiento, pues tal retardo no figura entre los motivos de nulidad taxativamente enumerados por la ley.

2. La Corte ha dicho en varias ocasiones que lo contradictorio de un veredicto no consiste en la discrepancia de sus términos con pruebas del proceso o con opiniones sobre puntos de derecho, porque en tal caso habría "apenas campo a la declaración de notoria injusticia". Para que el veredicto pueda calificarse de contradictorio, es decir, en pugna con el principio de contradicción, es necesario que sus términos impliquen la afirmación y la negación de la misma cosa, por el mismo aspecto y al mismo tiempo.

3. Aunque todo delito indica comúnmente en su ejecutor la carencia de un mínimo ético necesario para la vida social, la mayor insensibilidad moral, tenida en cuenta por el Código como circunstancia de mayor peligrosidad, es predicable especialmente de aquellos casos en que ni aun lo horripilante del crimen es suficiente para detener al delincuente.

4. Cuando se trata de delitos contra la libertad y el honor sexuales cometidos con ciertas circunstancias, por ejemplo, la desfloración, el reconocimiento médico-legal de la ofendida puede ser prueba insustituíble en cuanto al hecho mismo y respecto de la época en que haya ocurrido; pero en otros casos puede el delito no dejar huella precisamente en los órganos genitales, sino en otras parte del cuerpo, y aun puede ocurrir el delito sin dejar huella material, puesto que el Código mismo considera que puede consumarse mediante violencia moral.

5. No debe confundirse el delito específicamente llamado por el Código Penal "asociación o banda" para delinquir (artículo 208), con la simple coparticipación en el delito.

6. Los artículos 19 y 20 del nuevo Código Penal distinguen entre coautores, cómplices necesarios y cooperadores no necesarios. En otros términos: no es lo mismo participación principal en el delito que complicidad necesaria.

7. Jueces, Tribunales y también la Corte han reconocido que, por ejemplo, cuando se asalta una casa de noche con el objeto de dar muerte a alguien, incumbe tanta responsabilidad al asaltante que procura y obtiene la salida del dueño de casa, como al que dispara sobre éste y lo mata; y que tanto es autor de robo el que se apodera de las cosas como el que sujeta violentamente a los moradores del lugar mientras su compañero efectúa aquella sustracción.

8. El artículo 19 del Código Penal establece igualdad de sanciones para el autor del delito y para el cómplice necesario, de suerte que si en determinado caso se denomina cómplice necesario al que es verdadero coautor, esa inadecuada calificación no acarrea efectos prácticos, puesto que la pena imponible al responsable será la misma, llámesele cómplice necesario o coautor.

9. La sentencia del Juez de derecho tiene como fundamento inmediato, cuando se trata de juicios por Jurado, el veredicto de éste; y las pruebas del sumario son fundamento apenas mediato de ellas. Doctrina constante ha sido también de la Corte que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los Jurados no está subordinada a las condiciones o reglas sobre la certeza legal.

10. La causal 2ª de casación no es aplicable cuando se trata de sentencias dictadas en juicios por Jurado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

Procede la Corte a estudiar el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior

de Ibagué, que impuso a Jorge Garay García, veinticuatro años de presidio como coautor de asesinato, robo y violencia carnal; a cada uno de los reos Luis Alfredo Ballares Niño, José Manuel Villamil Niño, Arquimedes Cañón Martínez y Alcides Cañón Martínez, la pena principal de diez y nueve años y ocho meses de presidio como "cooperadores" de Jorge Garay García en el asesinato, y como "coparticipes" del mismo en el robo y la violencia carnal; y a Martín Pineda Orjuela, diez y ocho años de presidio, como "cooperador" de Garay en el robo.

Alegó en apoyo del recurso, por cinco de los procesados el defensor en la instancia, doctor José Domingo Arias Bernal; y como apoderado del otro reo, o sea de Jorge Garay García, compareció ante la Corte el doctor Francisco Bruno, quien, por haber entrado luégo a desempeñar una Magistratura de esta Sala, ha sido reemplazado por el Conjuez, doctor Luis Caro Escallón.

El señor Procurador de la Nación (Delegado en lo Penal) impugna en su vista el recurso y pide a la Corte que lo deseche.

Conviene, antes de referirse a los argumentos de casación que los señores abogados han propuesto, exponer —aun cuando sea muy compendiadamente— los hechos acerca de los cuales versa la sentencia recurrida en casación. El auto de proceder y las sentencias de primera y segunda instancias narran detalladamente el crimen intercalando largos e interesantes pasajes de las diligencias sumarias. Mas, para evitar extensas y repetidas transcripciones sobre los hechos, relatos no indispensables por lo general en casación, quiere esta Sala valerse del resumen que trae la sentencia del Tribunal y que en lo pertinente dice así:

"Consta en autos, especialmente en los comprobantes relacionados en el resultando anterior, que el sábado 25 de agosto de 1939, en las horas de la mañana, se presentó Jorge Garay García a la casa donde Martín Pineda vivía con su mujer Herminia Ballares de Pineda; Garay García iba en busca de Pineda, y allí encontró a los hermanos de Herminia, con quienes no se conocía; y en compañía de los cuales se retiró; por la tarde llegó Martín, y su mujer le hizo referencia de lo ocurrido; como a las siete de la noche llegaron a la misma casa José Villamil, Luis Ballares, Alcides y Arquimedes Cañón y Jorge Garay, quien llevaba un atado de cápsulas y machete; Alcides Cañón llevaba una peinilla; Arquimedes un revólver chiquito; Ballares no llevaba nada, pues su revólver lo portaba Arquimedes; Pineda llevaba escopeta de fisto, y machete, arma esta última que también llevaba Villamil Niño, y todos se dirigieron hacia la casa de habitación de José Bohórquez con el propósito de asaltarlo, robarlo y hasta de matarlo, según insinuación de Garay García a sus compañeros en la conversación habida en las horas de la mañana en la casa de Martín, cuando llegaron a la margen izquierda del río de la China, junto a un árbol, Garay García le dio a Ballares un atado de carbón y le ordenó a éste que tiznara a todos sus compañeros, y mientras esto se hacía Garay le sacó el revólver a uno de sus compañeros y le puso a cada uno de ellos sendos gorros o sombreros viejos; exclamando al mismo tiempo: 'Este (revólver) lo llevo yo, pues yo soy el que tengo que entenderme con ese hijo de puta'; siguieron hacia arriba por entre un cafetal a orillas del río citado; se desviaron luégo; cuando llegaron frente a la casa de Salvador Bohórquez, Garay dijo: 'Callados porque los perros pueden latir'; orillaron un rastrojo, pasaron una puerta de trancas, llegaron a un filito, el que siguieron; luégo bajaron a una cañada en donde Garay les dijo: 'Allí deben estar los Guáquetas desollando una res'; anduvieron hasta situarse a una cuadra, poco más o menos, de la casa de José Bohórquez, en donde se tomaron un trago de aguardiente que llevaban dentro de una botella, y desde donde vieron luz en la casa de aquél a través de las rendijas de la puerta; allí planearon los detalles finales del asalto, así: Jorge espantaría las gallinas y los demás debían estar listos cerca a la puerta para cuando Bohórquez saliera; tan pronto como llegaron a la casa de éste, Ballares se colocó hacia el lado derecho, contra la pared, contiguo al marco de la puerta; hacia el mismo lado y como formándole círculo a la puerta, se colocaron Arquimedes y Villamil; hacia el otro lado de la puerta y al pie de ella se situó Alcides, y cerca de él Martín con una escopeta de fisto, cerrando el círculo; Jorge se retiró como a veinte metros, espantó las gallinas que estaban en un árbol detrás de la casa, lo que hizo por tres veces, y cuando sintió ruido adentro, y que tanto Bohórquez como su esposa Gregoria decían 'a perro, a perro', corrió hacia la puerta que la víctima había entreabierto, la empujó y se lanzó hacia adentro seguido de los demás sindicados, con escopeta en la mano derecha y revólver en la izquierda, sucediéndose entonces el epílogo del horrendo crimen: José Bohórquez defendía su persona y su domicilio con una peinilla, y Garay y sus compañeros de asalto lo doblegaron a golpes de machete y disparos de escopeta, no sin que hubiera alcanzado a herir a Alcides y a Martín; la esposa del occiso logró escaparse, cuando el asalto se verificaba, por sobre la pared de la casa hacia el lado oriental, pero con tan poca suerte que al caer, uno de los asaltantes (al parecer de la víctima, Martín), la detuvo amenazándola con punzarle el cuerpo con la peinilla, por lo cual ella se agarró de esa arma y mordió en un brazo a

su agresor, resultando con dos heridas de arma cortante, la una en el pulgar de la mano izquierda y la otra en el cordial de la mano derecha; un mordisco en el antebrazo derecho y una contusión en el dedo anular de la mano derecha, que produjeron en la ofendida, según concepto pericial, una incapacidad definitiva de quince dias, sin consecuencias; a continuación la misma señora Montalvo de Bohórquez, según su declaración y lo dicho por Ballares Niño (folio 88 vuelto), fue sòmetida por todos los asaltantes sucesivamente, mediante violencia física y moral, al acceso carnal; otro aspecto del incidente es el que relata Ballares Niño en la ampliación de su indagatoria (folio citado), cuando dice: 'Cuando Jorge vio herido a Alcides, le hizo un disparo a José Bohórquez, quien al verse herido se metió para el cuarto y cogió a defenderse con un junco, pero Jorge se le abalanzó encima echándole machete. Mientras Jorge acababa con Bohórquez, yo requisaba las cajas en busca del dinero, habiendo encontrado la suma de cien pesos en total, que se hallaban en una cajita en un trapo azul una parte y la otra en la escarcela. Yo cogí la plata y la guardé. Advierto que quien me mostró dónde estaba el dinero fue la mujer. Ahí entre todos comentaron que se habían tirado la mujer, pero yo no me di cuenta de eso. Luégo nos fuimos y yo repartí la plata de a quince pesos a cada uno y diez que sobraron los dejé para mí. La plata, por toda, eran cien pesos, noventa en billetes de a peso y diez en dos billetes de a cinco, y por haber quedado esos billetes de a cinco, fue que yo los cogí. Dicha repartición la hicimos en un plancito abajo de la casa. Perpetrados todos estos delitos y después de que intimidaron por medio de amenazas a la Montalvo para que no encendiera luz, ni saliera de la casa, los procesados abandonaron ésta y se dirigieron a la de Martín, en la cual, según lo refiere la esposa de éste, llegaron como a las once de la noche, todavía con la cara tiznada, con los vestidos manchados de sangre y heridos Alcides en una mano y Martín en un dedo, y en medio de risas comentaban el suceso y la resistencia de Bohórquez, acerca del cual decía Garay: 'verraco el cliente, me tiraba machete', a lo cual apuntó Alcides que a él lo había cortado y mostró la mano herida, por lo que Jorge dijo: 'Claro, ¿no ve que cuando yo lo vi cortado a usted fue que le metí el balazo?'; después de mostrar las prendas que cada uno había recogido en el saqueo, Garay y sus compañeros abandonaron la casa de Martín, dejando a éste con su esposa, la que ocultó en sitio cercano, las prendas que a aquél le habían correspondido."

El doctor Arias Bernal, defensor en las instancias, como ya se dijo, formuló desde Ibagué demanda de casación invocando las causales 1ª, 2ª, 4ª y 7ª.

Y el apoderado de Jorge Garay García, para el recurso de casación, doctor Francisco Bruno, desarrolla su demanda sobre las causales 1ª y 2ª.

Por razón de método pasa la Sala a examinar primero las causales 4ª y 7ª alegadas sólo por el abogado que fue defensor de instancia, y luégo se ocupará en el estudio de las causales 1ª y 2ª, invocadas tanto por el precitado defensor como por el apoderado de Jorge Garay García.

Causal 4ª—Nulidad del procedimiento.

El doctor Arias Bernal alega esta causal por tres aspectos, a saber:

a) La diligencia de sorteo de Jurados se practicó sin que se hubiese ejecutoriado el auto que señaló día y hora para esa diligencia;

b) El acta de las audiencias ante el Jurado no fue conocida sino el día mismo en que salió la sentencia, es decir, cuando ya no podía formularse reclamo alguno sobre el texto de ella;

c) Se incurrió en error sobre la denominación jurídica del delito puesto que se denominó *asesinato* lo que en realidad apenas fue un simple homicidio.

Examinados en orden inverso estos argumentos sobre nulidad, resulta:

1º No hubo error en la denominación jurídica del delito porque si en algún caso puede calificarse fundadamente de asesinato un homicidio, es en aquel de que trata la sentencia recurrida. Lo muestra claramente la narración de los hechos que en otra página del presente fallo quedó consignada. En el estudio de la causal 1ª se volverá sobre este punto.

2º Que el acta de las audiencias se hubiera agregado al expediente tan pronto como ellas se celebraron o más tarde, cuando salió la sentencia, no es hecho conducente a fundar esta causal de casación, pues tal retardo, suponiéndolo probado, no figura entre los motivos de nulidad taxativamente enumerados por la ley.

3º Es cierto que la diligencia de sorteo de jurados se practicó sin que hubiera corrido el término para la ejecutoria del auto que señaló día y hora para aquella diligencia, pues entre el auto y el sorteo no mediaron sino dos días, siendo así que el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal manda que ninguna providencia, en el curso del juicio, se cumpla mientras no esté ejecutoriada, de manera que en este punto se violó la Ley Procedimental; pero no toda violación de la Ley Procedimental está erigida en causal de nulidad, y lo cierto es que el auto se notificó debida y oportunamente a todos los in-

teresados quienes, además, concurrieron al sorteo de Jurados.

Resultan, pues, infundados los cargos contra la sentencia que en la demanda llevan los números 14º, 15º y 16º, referentes a la causal 4ª de casación (nulidad del procedimiento).

Causal 7ª—Veredicto contradictorio.

El cargo número 18º contra la sentencia, lo propone el alegato del doctor Arias Bernal en los términos siguientes:

"La sentencia se dictó sobre un veredicto contradictorio. Pues existiendo la misma prueba para todos los encausados, la misma gravedad para quienes defiendo, el tribunal de conciencia negó el delito de lesiones personales para Martín Pineda y lo aceptó para los restantes por los cuales fueron sentenciados. De ahí la razón para que la penalidad sea más baja para este último.

"Si hubiera alguna circunstancia exculpativa para este proceder el veredicto sería auténtico y respondería a un criterio de juridicidad, pero a uno se absolvió con la misma prueba que sirvió para condenar a los demás, y por tal causa la sentencia procedió sobre un veredicto contradictorio e ilógico."

La Corte ha dicho en otras ocasiones que lo contradictorio de un veredicto no consiste en la discrepancia de sus términos con pruebas del proceso o con opiniones sobre puntos de derecho porque en tal caso habría "apenas campo a la declaración de notoria injusticia" (casación de diez y nueve de junio de mil novecientos cuarenta y uno, *Gaceta Judicial* números 1970 y 1972).

Para que el veredicto pueda calificarse de contradictorio, es decir, en pugna con el principio de contradicción, es necesario que sus términos impliquen la afirmación y la negación de la misma cosa, por el mismo aspecto y al mismo tiempo, lo cual está muy lejos de haber ocurrido en el presente caso.

El argumento del recurrente serviría para sostener la tesis de que fue injusto absolver a Martín Pineda por el cargo de lesiones personales y condenar a los otros por ese mismo delito. Pero en manera alguna podría concluírse de ese argumento o tesis que el veredicto sea contradictorio, pues no hay repugnancia lógica entre la idea de que un procesado no sea responsable y los otros sí, ni las dos ideas se excluyen entre sí como incompatibles.

De todo lo cual se deduce que es infundada la causal 7ª, veredicto contradictorio y que, de consiguiente, el recurso no prospera por esa causal.

Causal 1ª—Violación de la Ley Penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

El defensor recurrente aduce contra la sentencia ocho cargos relacionados con esta causal.

Para él puede prosperar dicha causal no sólo en caso de violación de ley sustantiva, sino también de la Ley Procedimental; pero no hace aplicación práctica de su tesis al caso de que se trata, pues los reparos contra la sentencia como violatoria de la ley, los concreta a indebida aplicación o interpretación del Código Penal y no al de Procedimiento, circunstancia que hace innecesario el examen de esa tesis por parte de la Corte.

El cargo número 1º a la sentencia lo hace consistir el recurrente en que tomadas en cuenta contra todos los procesados las circunstancias de mayor peligrosidad de que tratan los numerales 3º, 6º y 7º, artículo 37 del Código Penal cuando, según dice el defensor, la calidad de los móviles "no es contagiosa" y la indefensión y condiciones de inferioridad de las víctimas no pueden imputarse a los cinco reos que él patrocina, puesto que ninguno de ellos fue el promotor e instigador del delito.

Para que se deseche la circunstancia de haber obrado los delincuentes por motivos innobles o bajos, ensaya el defensor una argumentación en el sentido de que Jorge Garay García atemorizó a los otros seis procesados, quienes por eso prestaron su cooperación a los delitos.

Considera la Sala que esta hipótesis —no demostrada— hubiera podido alegarse, aunque seguramente sin éxito, como causa eximente de responsabilidad (Código Penal, artículo 23, numeral 1º); pero afirmada la responsabilidad, es inadmisible que los compañeros de un jefe de banda, al consumar atroces delitos, hayan procedido por un móvil noble consistente en el temor de contrariar o desagradar al que señalan como iniciador o promotor de aquellos crímenes.

2º cargo: Mala interpretación del numeral 6º, artículo 37 del Código Penal, mayor insensibilidad moral en el delincuente demostrada por las circunstancias en que ocurrieron los delitos de que trata este proceso.

Dice el defensor que todo hecho punible denota insensibilidad moral en el delincuente; y que por tanto, la que considera el Código como circunstancia especial de peligrosidad, tiene que ser la frialdad con que el delincuente haya ejecutado el hecho.

A esto responde la Corte que todo delito indica comúnmente, es verdad, en su ejecutor, la

carencia de un mínimo ético necesario para la vida social; pero que la "mayor insensibilidad moral" tenida en cuenta por el Código como circunstancia de mayor peligrosidad, es predicable especialmente de aquellos casos en que ni aun lo horripilante del crimen es suficiente para detener al delincuente.

El asalto de seis o siete hombres disfrazados en paraje solitario y provistos de armas para penetrar violentamente en una casa campesina en horas de la noche y cuando se ha entregado ya al sueño la pareja de casados que allí viven apaciblemente; el asesinato del marido y la violación de la mujer por parte de los asaltantes; el robo de los modestos haberes de aquel matrimonio, y las frases irónicas con que los malhechores comentan su hazaña ante las mismas víctimas, ¿será necesario insistir en que estas circunstancias de tiempo, lugar y modo de ejecución del delito, que dificultaron o imposibilitaron la defensa por parte de aquéllas, denota una mayor insensibilidad moral en los malhechores?

3er. cargo. En el presente caso, según la defensa, no hubo el delito específico de asesinato, por el cual se condenó a los procesados, puesto que la muerte de la víctima no ocurrió en el momento mismo de recibir las heridas. Cuando la banda de asaltantes se retiró del lugar de la tragedia, el herido no había expirado aún.

Parece innecesario intentar una contestación a este argumento o tesis, opuesta a primordiales postulados sobre lo que es el delito de asesinato.

4º cargo. La condenación al pago de perjuicios no debe ser solidaria y global (como se hizo en la sentencia recurrida), sino cuando los delincuentes concurren en el mismo grado de intensidad y de responsabilidad; los defendidos del doctor Arias Bernal no son responsables de homicidio ni menos de asesinato, y tampoco de violencia carnal. Por consiguiente, ha debido discriminarse la cuantía de los perjuicios correspondientes a cada uno de los delitos.

Este argumento tiene respuesta en el artículo 92 del Código Penal, que ordena condenar "solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado". Y carece de fundamento de hecho porque es inexacto que los reos patrocinados por el doctor Arias (a excepción de Martín Pineda Orjuela) estén exentos de responsabilidad en los delitos de asesinato y violencia carnal. Por el contrario: el Jurado los declaró responsables y la sentencia los condenó por esos delitos, y también por el de robo.

5º cargo. Violación de los artículos 316 y 317 del Código Penal porque el delito de violación carnal no puede estimarse probado (como lo fue en este caso) por el dicho de la presunta ofendida, sino con un dictamen médico.

Considera esta Sala que sería el caso de preguntar cuál es la prueba técnica o médico-legal exigible, según las ideas del defensor recurrente: ¿el reconocimiento médico sobre las huellas de violencia en los órganos genitales de la mujer que se dice violada, y únicamente en esa parte del cuerpo?

Cuando se trata de delitos contra la libertad y el honor sexuales cometidos con ciertas circunstancias, por ejemplo la desfloración, el reconocimiento médico-legal de la ofendida puede ser prueba insustituible en cuanto al hecho mismo y respecto de la época en que haya ocurrido; pero en otros casos puede el delito no dejar huella precisamente en los órganos genitales, sino en otras partes del cuerpo; y aun puede ocurrir el delito sin dejar huella material puesto que el Código mismo considera que puede consumarse mediante violencia moral.

En el delito sobre el cual versa la sentencia recurrida hay reconocimiento médico de lesiones halladas en el cuerpo de la ofendida (aunque no precisamente en sus órganos genitales). Y si bien pudiera argüirse la posibilidad de que esas lesiones apenas son manifestaciones de una lucha que hubo entre los asaltantes y el matrimonio asaltado, sin que de suyo prueben la violencia carnal, es lo cierto que el cuerpo de la mujer apareció lesionado.

Ahora: entre ella y uno de los malhechores se trabó lucha en la cual Gregoria se defendió. En estas condiciones y dado que los mismos reos reconocen haber tenido acceso carnal a tal mujer (por lo menos algunos de ellos) ¿será verosímil que en las circunstancias de pavor y tragedia ya descritos se entregara Gregoria voluntaria y libremente a los enmascarados que asesinaron a su marido, que a ella misma le causaron heridas con machete y la amedrentaban para que les dijera dónde se guardaban los dineros tras de los cuales iban los asaltantes?

Es tan inverosímil la explicación que en tal sentido pretendieron dar éstos, que la Corte no se hubiera detenido en el examen de este cargo contra la sentencia, si no fuera porque el Juez de primera instancia tuvo la ingenuidad de acoger la tesis de que aun en casos como éste, debe exigirse la manifestación genital de la violencia, como si el Código mismo no previera, como lo prevé, el caso de abuso sexual mediante violencia moral; y la Corte se ha visto, por ese motivo, en la necesidad de examinar con algún detenimiento este punto.

Con todo acierto dice el Tribunal que los procesados "tomaron parte en la ejecución de los

hechos no por coacción psíquica, sino voluntariamente, como lo hace suponer la larga serie de actos que tuvieron que realizar de modo espontáneo hasta el instante mismo de la consumación de los delitos y la satisfacción que mostraron después de su perpetración, que quisieron la muerte de la víctima y le prestaron decidido concurso a Garay García para llevar a cabo su propósito, se demuestra con la confesión de los mismos reos, pues la eliminación de Bohórquez fue uno de los objetivos principales desde cuando los agresores concibieron el plan en la casa de Pineda..." Agrega el Tribunal que el acuerdo previo aparece manifestado por "los actos precedentes, simultáneos y subsiguientes a los delitos, incluso el del reparto del dinero, fruto del crimen, ejecutado por Ballares Niño, como él lo confiesa, y aceptado por todos sus compañeros, así como el de algunos otros objetos y prendas de vestir".

6º cargo. La sentencia viola el artículo 363 del Código Penal al condenar por asesinato a los reos, porque cuando una persona muere, no en el acto mismo de ser herida sino después, se está en presencia de un homicidio, nunca de un asesinato, dice el recurrente doctor Arias, quien razona de la manera siguiente: si uno de los partícipes de un delito contra las personas quiso asesinar y los otros apenas se propusieron lesionar, "el delito se fracciona". Y complementa esa idea diciendo que el asesinato supone premeditación, circunstancia cuya existencia parece negar el recurrente, fundándose acaso en las divergentes intenciones que atribuye a uno de los reos y al grupo formado por los otros cuya actuación achaca al miedo que ese otro les infundiera para llevarlos al crimen.

A estos reparos observa la Corte:

a) No resulta siquiera verosímil que cuatro hombres de los arrestos que en los hechos delictuosos demostraron Ballares, Pineda y los dos Cañón, se hubiesen dejado intimidar por Jorge Garay García hasta el punto de hacerse ejecutores autómatas de órdenes que, por otra parte, eran de cumplimiento diferido, pues el plan delictuoso se forjó en sitio distante de aquel a donde había de consumarse;

b) En todo caso, el Jurado no aceptó tal explicación y declaró responsables a todos los procesados, y a su veredicto debían atenerse, como lo hicieron, los juzgadores de derecho, veredicto que no podría calificarse de injusto y, menos, de notoriamente injusto;

c) La tesis de la disparidad de intenciones por parte de los procesados carece en absoluto de base; por el contrario, el plan convenido entre ellos muestra su acuerdo o unidad de propósito, y lo más a que podría llegar el recurrente sería a sugerir que algunos de los asaltantes de la casa de Bohórquez obraron con un dolo no perfectamente determinado sino eventual, pero siempre dolo. La ejecución material del crimen por todos los partícipes hace inaceptables las suposiciones benévolas que en favor de ellos quiere hacer el defensor recurrente;

d) Por último, parece innecesario detenerse sobre si el delito de asesinato exige como esencial la concurrencia de premeditación, porque este punto, tan discutido en la teoría, no ofrece duda ninguna en el texto del Código Penal.

7º cargo. Violación de los artículos 404 y 402 del Código Penal, porque al imponer las penas se ha de procurar la mayor benignidad en cuanto haya más circunstancias de menor peligrosidad que de mayor peligrosidad. Las dos disposiciones legales citadas en este aparte por el defensor recurrente señalan las sanciones imponibles por el delito de robo; y no encuentra la Corte, ni el alegato explica por qué, en la sentencia pudieron ser violados esos artículos del Código.

Además: se juzgó a los procesados por triple delito, a saber: homicidio, robo y violencia carnal; y el proceso fue iniciado bajo la vigencia de la nueva legislación penal que para el caso de concurso de delitos ordena aplicar la sanción correspondiente al más grave, aumentada (cuando el concurso es real), hasta en otro tanto. De manera que sobre la base correspondiente por el asesinato podía el juzgador de derecho elevar la pena hasta el doble.

8º cargo. Violación del artículo 19 del Código Penal. Dice el recurrente:

"El auxilio y la cooperación que exige la ley, han de ser necesarios, intensos, únicos en cuanto sin ellos el delito no hubiera podido cometerse. No el difuso deseo o la simple expectación de un hecho. Si el delincuente hubiera podido llevar a cabo su propósito por sí mismo, sin necesidad de sugerencia o de auxilio, y en estas condiciones lo comete, los que lo acompañan no pueden quedar catalogados como codelincuentes, sino auxiliadores circunstanciales. Su penalidad no es la misma del principal, porque su auxilio difirió en cualidad y en intensidad."

Y más adelante:

"La asociación para delinquir está descartada del todo, tanto en el auto del Juez *a quo,* como en las respuestas de los jurados a los formularios elevados en este sentido. Cuando no está comprobado el hecho, no se puede dar por sentado; cuando no se ha demostrado la circunstancia, no se puede dar por establecida, porque

el juzgador no puede ir más allá nunca de lo que el mismo proceso establece."

Sobre estos puntos observa la Corte:

a) No debe confundirse el delito específicamente llamado por el Código Penal "asociación o banda" para delinquir (artículo 208) con la simple coparticipación en el delito. Lo descartado por el Juez *a quo* en el auto de proceder, fue el delito especial de asociación para delinquir (denominado por el antiguo Código "cuadrilla de malhechores"); pero én ningún momento del proceso se ha desconocido la calidad de copartícipes que los sentenciados tuvieron en los hechos delictuosos;

b) Decir que los reos diferentes de Garay no tuvieron propósito delictuoso sino un "difuso deseo o la simple expectación de un hecho", es desconocer todo el acervo probatorio de este proceso y saltar sobre el veredicto del Jurado. Si algún reparo puede hacerse a la sentencia en lo relativo a algunos procesados, es el de no haberlos calificado nítidamente como coautores de los delitos;

c) Los artículos 19 y 20 del nuevo Código Penal distinguen entre coautores, cómplices necesarios y cooperadores no necesarios. En otros términos: no es lo mismo participación principal en el delito que complicidad necesaria.

d) No podría calificarse de accesoria o secundaria la participación de los que cometieron el crimen de que trata la sentencia recurrida, pues aun cuando el iniciador hubiese sido Jorge Garay García, es lo cierto que todos los compañeros ejecutaron hechos que según las ideas tradicionalmente aceptadas, constituyen una intervención o acción principal en los delitos.

En casos menos acentuados han reconocido Jueces y Tribunales, y también la Corte, que, por ejemplo, cuando se asalta una casa de noche, con el objeto de dar muerte a alguien, incumbe tanta responsabilidad al asaltante que procura y obtiene la salida del dueño de casa como al que dispara sobre éste y lo mata; y que tanto es autor de robo el que se apodera de las cosas como el que sujeta violentamente a los moradores del lugar mientras su compañero efectúa aquella sustracción. En todo caso, la sentencia impuso pena menor a los otros recurrentes que a Jorge Garay García, de manera que siempre reconoció diferencia de responsabilidades.

e) Por otra parte, el artículo 19 del Código establece igualdad de sanciones para el autor del delito y para el cómplice necesario, de suerte que si en determinado caso se denomina impropiamente cómplice necesario al que es verdadero coautor, esa inadecuada calificación no acarrea efectos prácticos, puesto que la pena imponible al responsable será la misma, llámesele cómplice necesario o coautor.

El detenido análisis practicado por la Corte de los ocho cargos que formuló el doctor Arias Bernal contra la sentencia por la causal de indebida o errónea aplicación de la ley penal, muestra cómo no resulta fundada dicha causal por ninguno de los aspectos que, con encomiable celo, ha propuesto y sostenido el defensor recurrente.

Causal 2ª. Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Tanto el apoderado en casación de Jorge Garay García como el defensor recurrente de los otros procesados alegan esta causal.

La demanda de este último hace sobre el particular cinco cargos contra la sentencia, los cuales aparecen discriminados allí con los números 9º, 10º, 11º, 12º y 13º, y pueden resumirse así:

a) Hubo errores en la inspección ocular practicada en el lugar donde había ocurrido el crimen y también al apreciar más tarde el valor de dicha prueba, la cual, según dice el defensor, "vino a influir poderosamente en la sentencia, atribuyéndosele un valor que en forma alguna tenía ni puede tener".

b) Hubo también errada apreciación —dice el recurrente— de las pruebas sobre mala conducta de Luis Alfredo Ballares, consistente en simples declaraciones de testigos, siendo así que, en concepto de dicho abogado "no se puede establecer sino por medio de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que tal digan";

c) No se tomaron en cuenta las manifestaciones de Jorge Garay García si se atiende a que los demás procesados "fueron al ilícito a virtud de coacción moral" del mismo Garay; la penalidad para aquéllos había que mirarla "bajo distinto prisma al que contempla la sentencia";

d) Para establecer la responsabilidad, dice el mismo recurrente, se tomó en cuenta lo dicho por Herminia Ballares, esposa de uno de los procesados y hermana de otro de ellos, y su testimonio se obtuvo por medio de coacción moral; y

e) En la sentencia "se habla de asociación para delinquir", no existiendo ésta puesto que no hubo premeditación.

Este último reparo se examinó ya, a propósito del 8º cargo contra la sentencia, capítulo de la causal 1ª, de suerte que sería redundante volver sobre el mismo punto: a los procesados no se les condenó por delito de asociación para delinquir (cuadrilla de malhechores denominado antes) sino por un concurso de delitos efectuado

en concurso de delincuentes tan notorio que sería temerario ponerlo en duda.

Como los otros cargos contra la sentencia a propósito de la causal 2ª se refieren a apreciación errónea de pruebas y éste es también el fundamento principal de la demanda propuesta por el señor apoderado de Jorge Garay García, respecto de ambos alegatos puede hacerse la observación de carácter general que adelante se verá, en orden a la aplicabilidad de la causal 2ª cuando se trata de juicios por Jurado.

El señor doctor Francisco Bruno, apoderado especial de Jorge Garay García ante la Corte, ha invocado las causales 1ª y 2ª de casación: aquélla, o sea, la de indebida aplicación de la ley penal, como consecuencia de la otra, y ésta es la que propiamente estudia o desarrolla en tres capítulos, así:

I.—"Hechos a los cuales se les atribuyó —sin tenerlo— valor probatorio";

II.—"Hechos a los cuales se les negó el valor que tienen o no fueron considerados";

III.—"Hechos contradictorios entre sí".

Alega el señor apoderado de Jorge Garay García que contra éste se levantó una positiva confabulación probatoria, y que los testimonios adversos a él provienen de personas ligadas estrechamente, por parentesco de consanguinidad o de afinidad, con Luis Alfredo Vallares o Ballares, cosindicado de Garay.

No está de más advertir que los dos apoderados hacen argumentos opuestos entre sí en lo relativo a la causal 2ª, al menos al considerar ciertos aspectos de la prueba, pues cada uno de ellos parece sostener que el reo patrocinado por el otro fue el cabecilla, instigador o principal responsable.

El apoderado de Garay García anota como circunstancia que hace sospechosa la confesión de algunos sindicados, la siguiente:

"En sus primeras indagatorias (dice) —a excepción de Herminia Vallares— todos niegan; pero en las ampliaciones confiesan su delito pero lanzan toda la responsabilidad sobre Garay; y —caso desconcertante por lo enigmático en apariencia— éste, Garay, si en la primera indagatoria todo lo niega, finge ignorarlo todo, en las ampliaciones asume toda la responsabilidad como organizador, instigador, y autor único, especialmente en la diligencia de reconstrucción del delito, hasta el extremo de que el funcionario instructor, que la presidió, hace constar que es físicamente imposible que Garay hubiera podido realizar, al mismo tiempo, todos los hechos que le imputan y que él acepta; en el fondo, en la realidad, se precisa una confabulación de la familia Vallares y de sus amigos y coterráneos, los Cañón, contra Garay, confabulación que éste acepta, no se sabe en virtud de qué coacción tremenda ni de qué promesas ni de qué amenazas, a la cual se somete incondicionalmente, sin que del proceso resulte —como lo he dicho— cuál sea la razón de esa aceptación y de ese sometimiento tan absurdos".

Sobre "hechos a los cuales se les negó el valor probatorio que tienen o no fueron considerados" dice el señor apoderado:

"Me refiero especialmente a las afirmaciones de Gregoria Montalvo, la viuda del occiso Bohórquez. Esta mujer, esposa de éste, fue la única que presenció todos los hechos; precisó cuáles delitos cometió cada uno de los sentenciados, cuál fue la única intervención de cada uno, y en todas sus declaraciones presentó a Vallares, con precisión, como el director de la organización delictuosa, como el que mandaba y ordenaba a los otros, la noche de la incursión en su hogar; a los hechos así comprobados, y también mediante indicios, ni se les dio valor ni fueron considerados.

"A otros hechos, afirmados por la misma Gregoria como por Herminia Vallares, la Barco, etc., se les negó todo valor y no fueron considerados a pesar de estar acreditados en el proceso; así, por ejemplo, en la sentencia se afirma que Gregoria Montalvo reconoció, en la diligencia de reconocimiento de los sentenciados en rueda de presos, a Jorge Garay, y en el acta de dicha diligencia ni siquiera se nombra a Garay, ni se le imputa cargo alguno."

Y respecto de hechos que el señor apoderado de Garay García considera "contradictorios entre sí", dice lo siguiente:

"Son contradictorios, entre sí, los hechos afirmados por Vallares, sus amigos íntimos y familiares, y como aquéllos y los afirmados por Gregoria Montalvo, que es la única que merece fe en este proceso, ya que ella imputa sin exageración, sin encono, a cada uno el hecho que le vio realizar, destacando, eso sí, la intervención de Vallares, a quien —como he dicho— señalaba siempre como el ordenador de todos los hechos realizados, por cada uno, dentro de su casa.

"Como hechos contradictorios entre sí, puedo mencionar los siguientes:

"a) Especie de armas que cada uno de los sentenciados portaba;

"b) Hechos cometidos por cada uno y que no guardan relación alguna con los que se imputan a Garay, y

"c) Hechos imputados a Garay, aceptados por éste pero cometidos por otros de sus compañeros.

"Esta contradicción, que es palpable e irritante, se deduce de las afirmaciones de Herminia Vallares, de Gregoria Montalvo y de cada uno de los sentenciados, contradicción que es, en todo caso, el resultado lógiço de la confabulación de la familia Vallares y de sus íntimos amigos contra Garay, y organizada por aquéllos."

No obstante ser de grande interés este estudio crítico de las pruebas hecho por el señor apoderado de Jorge Garay García, advierte la Corte —y observación parecida ha formulado ya en varios otros fallos— que la sentencia del Juez de derecho tiene como fundamento inmediato, cuando se trata de juicios por Jurado, el veredicto de éste; y que las pruebas del sumario son fundamento apenas mediato de ellas.

Doctrina constante ha sido también de la Corte que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso; y que la convicción moral exigida por la ley a los jurados no está subordinada a las condiciones o reglas sobre la certeza legal.

Ahora: si tal observación se ha repetido con motivo de sentencias dictadas en procesos basados apenas en prueba indiciaria, *a fortiori* es aplicable en casos como el presente, donde obra la directa y, además, la propia confesión de los sindicados. Mal podría decirse que el veredicto del Jurado en este proceso carezca de suficiente respaldo probatorio y, menos, que sea contrario a la evidencia, único evento en que el Tribunal sentenciador hubiera podido desecharlo.

Por lo demás, en recientes sentencias de casación ha decidido esta Sala (con salvamento de voto del Magistrado que es ponente en este caso), que la causal 2ª de casación no es aplicable cuando se trata de sentencias dictadas en juicios por Jurado.

Sobre errónea interpretación y aplicación de la ley penal, dice el apoderado de Jorge Garay García lo siguiente:

"De la lectura cuidadosa de las pruebas, que son en su mayoría testimoniales, no puede precisarse cuál fue —claramente— el que causó a José Bohórquez la herida mortal, la que le fue hecha en la región metacarpiana de la mano derecha; a Garay se le imputan agresiones, con revólver y con machete; pero, según Gregoria Montalvo, la esposa del occiso, todos atacaron, sin que pueda afirmarse cuál de los sentenciados fue el verdadero autor de la muerte de José Bohórquez, es decir, de la herida que le produjo la muerte; ha debido, pues, aplicarse, el artículo 389 del Código Penal, para todos, en su forma más benigna."

También aquí cabe observar que la ley penal se aplicó en este caso de acuerdo con el veredicto del Jurado, de manera que el juzgador de derecho tenía que amoldar su sentencia a ese veredicto. Ahora: al Jurado se le preguntó concretamente si Jorge Garay García realizó el hecho de "haber dado muerte a José Bohórquez por medio de seis heridas causadas, las cinco primeras con instrumento cortante (machete) y la última con arma de fuego (escopeta) entre aquéllas una profunda sobre la región dorsal de la articulación carpo-metacarpiana, que abrió la articulación, seccionó todos los tendones del dorso y los vasos de la muñeca, ocasionó intensa hemorragia y produjo su fallecimiento pocos momentos después;...." Y el Jurado respondió afirmativamente y por unanimidad de votos esta pregunta. En cambio, respecto de Luis Alfredo Vallares no se formuló la cuestión de la misma manera; y la pregunta relativa a este procesado trató de situarlo más bien en la condición de cómplice necesario. Este aspecto de la cuestión en lo relativo al procesado Vallares se examinó ya a propósito del 8º cargo hecho por su defensor en la demanda de casación. Pero en todo caso se ve claro que el veredicto del Jurado no permitía al Juez de derecho (y por ende al Tribunal) poner en tela de juicio la responsabilidad principal de Jorge Garay García en el homicidio, como ejecutor material, y en tales condiciones sería inadmisible colocarlo dentro de la disposición del Código sobre responsabilidad correspectiva.

De lo anterior se infiere que en lo tocante a Jorge Garay García tampoco puede prosperar la casación por la causal 2ª, indebida apreciación de hechos y pruebas, ni por la causal 1ª, errónea aplicación de la ley penal, que fueron las invocadas por su distinguido apoderado ante la Corte.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, desecha el presente recurso de casación y, por consiguiente, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué fechada el cinco de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Jorge Garay García la pena principal de veinticuatro años de presidio como responsable de la muerte de José Bohórquez, robo en los bienes de éste y de su esposa, Gregoria Montalvo, violencia carnal en esta última; a los reos Luis Alfredo Vallares Niño, José Manuel Villamil Niño, Arquimedes Cañón Martínez y Alcides Cañón Martínez, a cada uno, diez y nueve años y ocho meses de la misma pena, como cooperadores de Jorge Garay García en el delito de homicidio, y copartícipes en los de robo y violencia carnal; y a Martín Pineda Orjuela, la pena principal de diez y ocho años de presidio, como cooperador de Garay García en el delito de robo.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo, Luis Caro Escallón, Conjuez; *Jorge E. Gutiérrez Anzola,* Conjuez. *Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

VISTOS:

Condensa el señor Procurador Delegado en lo Penal la historia del suceso a que se contrae este negocio, así:

"Refieren los autos que el 16 de febrero de 1941 algunos individuos entre quienes se encontraban Luis José y Jenaro Acelas, Juan Garnica, Luis Vásquez, Isidoro Arias y otros, tomaban licor y departían amigablemente en una cantina ubicada en 'La Flora', jurisdicción del Municipio de San Gil; en un momento determinado Jenaro Acelas comenzó a dirigir agravios contra las personas que participaban en la reunión, y de manera directa contra Isidoro Arias, individuo que alcanzó a sostener riña con Luis José Acelas, quien estaba armado de un cuchillo. Al intervenir Juan Garnica y Luis Vásquez en la reyerta tratando de conciliar a los contendores, el primero sufrió una herida profunda que interesó la piel, el músculo gran pectoral, seccionó la segunda y tercera costillas, la pleura, el pulmón y el cayado de la aorta; y el segundo, o sea Luis Vásquez, sufrió una lesión sobre la espina del omoplato y una segunda herida al nivel de la línea axilar posterior, del lado izquierdo, que interesó la piel y el músculo gran dorsal, causándole una incapacidad definitiva de veinticinco días, sin consecuencias.

"La lesión que recibió Juan Garnica le causó la muerte instantánea."

* * *

El Juez 1º Superior de San Gil enjuició a Luis José Acelas por homicidio simplemente intencional en Juan Garnica y por lesiones o heridas a Luis Vásquez, y a la vez abrió causa a Jenaro Acelas por delito de lesiones personales al citado Vásquez, y luégo, cuando fue oportuno, el Juez impuso al homicida y heridor la pena principal de ocho años y cuatro meses de presidio, y al otro reo un año de prisión.

Reformó el Tribunal la sentencia del Juez en este sentido; condenó a Luis José Acelas a ocho años y seis meses de presidio, con observancia de los artículos 33, 362 y 372 (inciso segundo) del Código Penal, aumentando, pues, dos meses, y rebajó a seis meses la pena de prisión para Jenaro Acelas.

* * *

Luis José Acelas recurrió en casación contra el fallo del Tribunal Superior de San Gil, y sólo sustentó el recurso de la manera siguiente:

"En derecho fundo la demanda en lo preceptuado por los artículos 556, 557 y especialmente el 567 del Código de Procedimiento Penal en el numeral 1º: 'Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o *por indebida aplicación de la misma*'. Hubo indebida aplicación de la ley por cuanto dejó de apreciarse legalmente el elemento riña, de indiscutible presencia en la causa; el señor Juez *a quo* la consideró pero no la aceptó sin dar para ello motivos valederos que llevaran al convencimiento de lo contrario. Sobraría cualquier otra razón que tratara de dar fuerza de convicción a lo aquí expuesto por mí, pues considero encomendada hoy la justicia de mi causa a los juristas de más esclarecido prestigio."

Ciertamente, en estricto rigor no hay una verdadera demanda. Pero como el señor Procurador hace un corto análisis del punto por amplitud de garantías, y pide que no se infirme la sentencia, esta Sala comentará, también de modo breve, los reparos del procesado.

Al decir Luis José Acelas que hubo indebida aplicación de la ley penal por no haberse apreciado la riña que él juzga imprevista e indiscutible, está apoyando la causal 1ª, invocada, en uno de los motivos que contempla la causal 2ª, pues la riña imprevista es elemento modificador de la responsabilidad.

Pero de una parte sucede que, conforme a doctrina reciente de la Sala, ninguna de las determinaciones de la segunda causal de casación (artículo 567, Ley 94 de 1938) puede caber en los procesos que se deciden por intervención de Jurado.

Y de otra parte, si acaso medió riña en el acontecimiento en que perdió la vida Juan Garnica y quedó herido Luis Vásquez, la hipotética pelea no fue imprevista o casual, ni el Jurado

la admitió a pesar de las razones que en la audiencia pública expresara el defensor para sostener que Luis José Acelas ejecutó los hechos de homicidio y heridas en riña suscitada imprevistamente, ni de ella se trató en el auto calificador del sumario.

Por lo demás, la pena de presidio impuesta no es susceptible de tacha: el mínimo del artículo 362, aumentado en seis meses con ocasión del concurso material de delitos (artículo 33).

No se justificó la causal 1ª de casación, que el reo alegó.

* * *

Preciso es llamar la atención del Tribunal y el Juez hacia una muy notoria irregularidad cuyo porqué no explicaron los falladores de ambas instancias.

En auto de 25 de noviembre de 1941, el Juez 1º Superior de San Gil, acatando lo prevenido en el artículo 497, Ley 94 de 1938, formuló el cuestionario que se sometería al Jurado, y que fue éste, en lo tocante a Luis José Acelas:

"Cuestión primera: ¿Os halláis plenamente convencidos de que Luis José Acelas dio muerte a Juan Garnica por medio de la herida que con arma cortante y punzante le infirió, herida descrita en la diligencia de autopsia visible al folio 9 y v., hecho que tuvo lugar en las horas de la tarde del día diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el sitio llamado 'La Flora', perteneciente a esta compresión (sic) municipal?"

"Cuestión segunda: ¿El hecho a que se refiere la pregunta anterior fue ejecutado por Luis José Acelas con el propósito de dar muerte a Juan Garnica?"

"Cuestión tercera: ¿Os halláis plenamente convencidos de que Luis José Acelas causó con arma cortante y punzante las heridas en Luis Vásquez, heridas descritas en las diligencias de reconocimiento visibles a los folios 9 v., 32 y v., 40 y 46 v., hecho que tuvo lugar en el sitio y fecha a que se refiere la cuestión primera?"

Entonces el defensor, con el derecho que le concedía el artículo 503, pidió, respecto del homicida y heridor, la inclusión de tres preguntas más, a saber:

"¿Luis José Acelas cometió el hecho a que se refiere la cuestión primera en el curso de una riña suscitada de modo imprevisto?"

"¿Luis José Acelas cometió el hecho a que se refiere la cuestión primera, creyendo que así lo exigía la necesidad de salvar a su hermano Jenaro de un peligro grave e inminente contra su persona, peligro que Jenaro no debía afrontar por obligación profesional, que no había sido creado por obra del mismo Luis José, y que en su concepto no hubiera podido evitarse de otra manera?"

"¿Luis José Acelas cometió el hecho a que se refiere la cuestión primera, creyendo que obraba dentro de la situación planteada en el cuestionario anterior, pero excediéndose de los límites trazados por la necesidad?"

Y el Juez, el 17 de febrero de 1942, dijo:

"En atención a que los cuestionarios propuestos por el doctor Jorge Patiño, defensor de los enjuiciados Luis y Jenaro Acelas, en el anterior memorial, están ceñidos a las normas prescritas por el artículo 498 del Código de Procedimiento Penal, este Juzgado en armonía con el artículo 503 de la misma obra, los acepta y en consecuencia ordena que dichos cuestionarios sean también sometidos a la consideración del Jurado."

No obstante el múltiple cuestionario del Juez y la defensa, al Jurado se le presentó una sola cuestión para Luis José Acelas, el 2 de abril de 1943, así redactada:

"¿El acusado Luis José Acelas es responsable —sí o nó— de haber dado muerte intencionalmente a Juan Garnica por medio de la herida que le infirió, descrita en la diligencia de autopsia a los folios 9 y v., y de la herida sufrida por Luis Vásquez, descrita en el primer reconocimiento visible a los folios 9 v. y 10, cuya incapacidad para trabajar fue de veinticinco días, hechos sucedidos en las horas de la tarde del diez y seis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el sitio llamado 'La Flora', de la jurisdicción municipal de San Gil?"

Presume la Sala que el ilegal cambio del cuestionario múltiple por una pregunta no más, obedeció quizás a la circunstancia de que desde el 27 de febrero de 1943, antes de la fecha de la audiencia y del veredicto, regía la Ley 4ª de ese año, que suprimió el sistema de los artículos 497, 498, 500, 501, 503, 504, 531 y otros de la Ley 94 de 1938, aun cuando esa explicación no alcanza a justificar la ilegalidad de dicho cambio.

Y fue ilegal, porque, sin contar con que las varias interrogaciones habrían podido favorecer la suerte del reo, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, al ordenar que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalezcan sobre las anteriores desde el momento de su vigencia, introduce esta excepción: "Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."

El error de que se habla, consentido por todas las partes, no es ya enmendable, pues la de-

manda guarda absoluto silencio sobre semejante equivocación, lo cual entraña un nuevo asentimiento del recurrente al injuridico cambio que la Corte critica.

* * *

De advertir es que el defensor, doctor Jorge E. Patiño Linares, en dos de las cuestiones que propuso, confundió el estado de necesidad con la defensa legítima. Son figuras diametralmente distintas, pues al paso que la defensa presupone agresión o violencia de otra persona, en el estado de necesidad no puede haber esa violencia o agresión, pues tal estado no es sino "una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, también jurídicamente protegidos" (von Liszt, Cuello Calón, Jiménez de Asúa). Es el estado de necesidad un caso de conflicto sin provocación de nadie, entre personas, o entre personas y bienes materiales, caso que obliga a la destrucción o menoscabo de bienes o personas para salvar unas u otros. El Código Penal, en el ordinal 3º del artículo 25, reduce el conflicto a la salvación personal, propia o ajena, ante el peligro que se derive, verbigracia de algún fenómeno de la naturaleza, sin ataque o agresión de un sér humano; mas en el artículo 430 el Código incluyó un caso *sui géneris* de estado de necesidad entre personas y bienes.

* * *

Conforme a lo dicho y de acuerdo con la petición del señor Procurador, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó el 17 de febrero de 1944 a Luis José Acelas, por homicidio y lesiones personales, a ocho años y seis meses de presidio.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

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

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Salvo mi voto en cuanto al pasaje de la parte motiva de esta sentencia que repite lo dicho en la casación de Juan Troyano, proferida recientemente por la Sala. El párrafo en que discrepo de la mayoría en el presente fallo, es el que dice: "...ninguna de las determinaciones de la segunda causal de casación (artículo 567, Ley 94 de 1938), puede caber en los procesos que se deciden por intervención de Jurado".

Mi disentimiento se funda en las mismas razones por las cuales hube de salvar voto a propósito de la mencionada casación de Juan Troyano (sentencia fechada el tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro), y principalmente en que hay cuestiones de hecho, como las relativas a los motivos determinantes del delito, a la personalidad del procesado y a las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad sobre cuya existencia corresponde decidir al Juez de derecho y no al Jurado; y como tales elementos de hecho influyen en la determinación de la sanción (artículo 36 del Código Penal), una errónea apreciación de cualquiera de ellos o de las pruebas en que se fundan, puede ser motivo de invalidación de la sentencia.

No se diga que en tal caso lo que hay es indebida aplicación de la ley penal, pues ésta sólo es el resultado de la errónea apreciación de hechos y pruebas, argumento principal del recurso en tales casos, el cual debe enfocarse a la luz de la causal 2ª.

Y algo más grave:

Si la sentencia de un Tribunal se impugna en casación por inexistencia del cuerpo del delito y la Corte halla fundado el reparo, sería monstruoso negar la casación so pretexto de que hay un veredicto de Jurado, y no obstante la inexistencia del delito.

José Antonio Montalvo

Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Juicios de responsabilidad.—Significado del elemento "conocimiento de una infracción".

I.—El elemento del delito definido y sancionado por el artículo 174 del Código Penal, expresado en la frase "tener conocimiento de la comisión de un delito", es una cuestión subjetiva.

II.—La obligación que impone el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal a todo empleado o funcionario público, de comunicar a la autoridad competente el conocimiento de una infracción penal está subordinada al criterio que se tenga sobre el carácter penal de la misma.

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

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

La Corte —en la presente providencia— califica el sumario contra el doctor Aurelio Mejía, ex-Gobernador del Departamento de Antioquia, iniciado en virtud de decisión del Tribunal Superior de Medellín, por infracciones a la ley penal cometidas en ejercicio de sus funciones.

Cerrada la investigación y obtenido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, la Corte analiza separadamente las cuestiones referentes al delito y a la responsabilidad.

A) EL DELITO.

En el denuncio criminal que el señor José J. Ossa presentó ante el Tribunal Superior de Medellín contra los señores Jaime Ramírez Gaviria e Iván Correa, Alcalde y Secretario de Gobierno Municipal, respectivamente, porque firmaron, sin haber concurrido, el acta de audiencia celebrada en el juicio policial contra el maleante Miguel Arismendi Osorio, el denunciante hizo al doctor Mejía las siguientes acusaciones:

a) No haber anulado el juicio contra Arismendi, al decidir el recurso de apelación de la sentencia del Alcalde que lo condenó a tres años de colonia penal y prohibición, durante un año, de fijar su residencia en Medellín, y

b) No haber dado cuenta a la autoridad de la comisión del delito de falsedad imputado a los señores Ramírez Gaviria y Correa, comprobado —según el denunciante Ossa— con testimonios extrajudiciales presentados al Gobernador doctor Mejía.

Como fundamentos de su acusación, el señor Ossa alegó los siguientes:

a) El Gobernador doctor Mejía no consideró los testimonios extrajudiciales de los señores Samuel Monsalve, Juan Lotero, Carlos Tobón y Jorge Villa Moreno, tomados ocho días después de dictada la sentencia del Alcalde, según los cuales ni éste ni su Secretario concurrieron a la audiencia;

b) El Gobernador, doctor Mejía, al no anular el juicio con vista en estos testimonios, contrariamente a la norma del artículo 198 (numeral 7º) del Código de Procedimiento Penal, violó el derecho a la defensa de Arismendi; y

c) El Gobernador, doctor Mejía incurrió en la sanción que fija el artículo 174 del Código Penal.

B) LA RESPONSABILIDAD.

Dos cuestiones —en orden a la responsabilidad del ex-Gobernador doctor Mejía— es indispensable analizar: la primera, referente a la anulación del proceso, y la segunda, al denuncio contra los señores Ramírez Gaviria y Correa, por el delito de falsedad.

En cuanto a la primera, la Corte observa lo siguiente: la audiencia se celebró de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 48 de 1936, el 9 de diciembre de 1941, y en el acta respectiva consta que asistieron el Alcalde, el Secretario, el procesado Arismendi y su defensor, doctor Jorge Villa Moreno, quien —en uso de la palabra— hizo una larga exposición en favor de su defendido, acta ésta que está firmada por las mencionadas personas; no se restringió ni se limitó, en consecuencia, el derecho del procesado a su defensa; y si el Alcalde, en la sentencia de primer grado, y el Gobernador, en la de segundo, no acogieron las tesis de la defensa, no significa ello que hubieran incurrido en responsabilidad alguna.

Al acta de la audiencia —como parte integrante del proceso policial— el fallador de segundo grado dio carácter de documento público au-

téntico, le otorgó la fe debida, y como lo afirmó el doctor Mejía en su indagatoria, los testimonios extrajudiciales sobre la no concurrencia del Alcalde y de su Secretario a la audiencia, no acreditaban la falsedad del mencionado documento, única prueba que —conforme al artículo 251 del Código de Procedimiento Penal— podía oponerse al acta con tanto mayor razón cuanto que aparece firmada por Arismendi y por su defensor, doctor Villa Moreno.

Desde otro punto de vista —anotado por el Procurador Delegado— el Decreto 805 de 1936, reglamentario de la Ley 48 de 1936, expresamente eliminó el término probatorio en la segunda instancia de los juicios regidos por dicha ley; no podía, pues, el Gobernador acusado aceptar, en la decisión del recurso de apelación, contra la sentencia, pruebas tomadas extemporáneamente, ante funcionario distinto al instructor, y tomadas y presentadas únicamente para obtener una nulidad no contemplada en ninguno de los casos del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, ni menos en el del numeral 7º —como lo infiere equivocadamente el denunciante señor Ossa— porque la audiencia se celebró, y precisamente en el día y hora señalados, ya que sólo en el caso contrario hubiera podido decretar la nulidad el fallador, en cumplimiento del artículo 200 del mismo Código, sin necesidad de solicitud del procesado o de su defensor.

En cuanto a la segunda imputación —la omisión del informe a las autoridades por el delito de falsedad de los señores Ramírez Gaviria y Correa— se considera lo siguiente: es cierto que el no cumplimiento de la obligación que a los funcionarios o empleados públicos impone el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal es infracción definida y sancionada por el artículo 174 del Código Penal; pero tal deber se halla subordinado a esta condición: el conocimiento de la comisión del delito; de modo que si aquél falta, falta también el elemento constitutivo de la infracción, es decir, ésta no tiene existencia legal.

"En cuanto al segundo, pecado de omisión —afirmó el doctor Mejía en su segunda indagatoria, tomada a solicitud del señor Procurador Delegado— porque no puse el denuncio correspondiente contra los señores Alcalde y Secretario, me basta manifestar que no lo hice, precisamente porque en ningún momento llegué a pensar ni estoy pensando que los citados señores hubieran sido o sean reos de falsedad. Sería el colmo —termina— que una actuación que yo he encontrado correcta, fuera a dar lugar a un denuncio por mi parte."

El factor "conocimiento" en esta clase de infracciones es cuestión subjetiva; "conocimiento —según la Academia— es la acción y efecto de conocer", y "conocer es averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales, la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas"; si, pues, el doctor Mejía, notable civilista de formación universitaria, dedujo que no había relación entre el hecho imputado a los señores Ramírez Gaviria y Correa, y la norma penal alegada, previa aplicación de sus facultades intelectuales, falló el requisito del conocimiento, factor constitutivo del delito.

El señor Procurador Delegado comenta así la explicación del doctor Mejía en su segunda indagatoria:

"De manera que no sólo no estaba enterado el Gobernador de que se hubiera cometido un delito, sino que estimó siempre acertada y justa la actuación de los señores Alcalde y Secretario, acusados por el abogado Ossa.

"Estando justificado el proceder del Gobernador Mejía —termina— encontrándose, como se encuentra, sujeto a la ley no decidir en el proceso contra el maleante Arismendi, las imputaciones hechas contra aquél son falsas."

Además —finalmente observa la Corte— la actuación del denunciante señor Ossa contra el Gobernador doctor Mejía, el Alcalde y su Secretario, perseguía la nulidad del proceso con el ánimo de lograr en una nueva audiencia, la modificación de la posición jurídica de Arismendi, de acuerdo con las tesis no aceptadas por los falladores de instancia.

Se deduce —en consecuencia— que los hechos imputados al ex-Gobernador doctor Aurelio Mejía no constituyen infracción penal, y que —como lo solicita el señor Procurador Delegado— debe sobreseerse definitivamente, en atención al numeral 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

—

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, sobresee definitivamente en favor del doctor Aurelio Mejía, por los hechos que le imputó el señor José J. Ossa, cometidos en ejercicio de sus funciones de Gobernador del Departamento de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán J., José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

Aplicación de las medidas de seguridad a los intoxicados por el alcohol.

I.—La intoxicación producida por el alcohol —que la ley penal tiene en cuenta para la sanción de delitos cometidos bajo su influencia— se clasifica en crónica y aguda.

II.—Las medidas de seguridad sólo se aplican a los infractores intoxicados crónicamente, y las penas, a los intoxicados aguda o accidentalmente.

III.—La embriaguez accidental, no preordenada, es apenas una circunstancia de menor peligrosidad, si el embriagado no pudo prever sus consecuencias delictuosas.

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

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Gonzalo Alberto Cortés, Jefe de Guardia de la Colonia Penal y Agrícola de Araracuara en mil novecientos cuarenta, recurrió en casación, fundado en los numerales 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, del diez y ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, por la cual fue condenado —con aplicación del artículo 362 del Código Penal— a la pena de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio intencional, cometido en estado de embriaguez, en la persona de Alberto Losada, empleado de la misma Colonia, en una de las casas de aquélla, la noche del siete de diciembre de mil novecientos cuarenta, mediante un disparo de revólver en la región epigástrica que —al dar origen a una peritonitis aguda— le produjo la muerte.

Cortés impugnó la sentencia por las razones que en seguida se resumen:

a) El Tribunal, al imponerle pena en vez de medida de seguridad, violó la ley penal, y

b) El Tribunal negó a las pericias médico-legales el valor que ha debido darles.

RESUMEN DE LOS HECHOS Y DEL JUICIO

El siete de diciembre de mil novecientos cuarenta varios empleados de la Colonia Penal de Araracuara organizaron, con el concurso de mujeres amantes de ellos, una fiesta en casa del Almacenista Agustín Hermida, en la cual —infringiendo las normas del régimen penitenciario— comenzaron a ingerir bebidas alcohólicas, que muy pronto agotaron.

Sucedido esto, algunos de los concurrentes —entre ellos Cortés— se dirigieron a la Proveeduría de la Colonia, a cargo entonces de Elías Escalante, quien les suministró veinte o más botellas de vino quinado que, llevadas en seguida a casa de Hermida, fueron recibidas con el mayor entusiasmo.

Al poco tiempo —naturalmente— la embriaguez era general, y como los guardianes tenían consigo sus pistolas de servicio, surgieron algunos incidentes, entre ellos el de que a Cortés alguno le había quitado el arma, de lo cual culpó a Alberto Losada, y aquél, con el revólver que quitó a un guardián, disparó contra éste y le causó la grave herida que —como se dijo— le produjo la muerte.

Designado el Juez 6º de Instrucción Criminal de Bogotá —quien se trasladó a Araracuara— para que hiciera la investigación, y cumplido el encargo, al Juez Superior de Neiva correspondió conocer del proceso.

Llamado Cortés a responder en juicio criminal por el homicidio en Losada —providencia que el Tribunal confirmó— fueron propuestas al Jurado las siguientes siete cuestiones, de las cuales aceptó las cuatro primeras y negó las restantes:

a) La del hecho material;

b) La del propósito;

c) La de la ejecución del hecho sin mediar provocación alguna;

d) La de la embriaguez voluntaria sin haber podido prever sus consecuencias delictuosas;

e) La de la grave anomalía psíquica;

f) La del propósito de causar lesiones; y

g) La de la riña suscitada de modo imprevisto.

El Juez —previo análisis y declaración de la correspondencia entre el veredicto y los datos del proceso— condenó a Cortés a la pena ya

dicha, de ocho años de presidio, es decir, el mínimo del artículo 362, en atención a la inexistencia de circunstancias de mayor peligrosidad y a los ejemplares antecedentes del procesado.

LA DEMANDA DE CASACION

Como el recurrente impugna la sentencia —tanto al invocar la causal primera como la segunda— fundado en el concepto médico-legal expuesto en la primera audiencia, precisa transcribirlo, ya que de su análisis habrá de deducirse la legalidad o ilegalidad de la tacha.

"El acusado cometió el delito —dice el concepto— en estado alcohólico agudo, accidental o fortuito porque fue ingiriendo dosis sucesivas de alcohol, sin darse cuenta de que lo llevaran al estado de embriaguez semi-plena (sin haber concebido el propósito de emborracharse para cometer el delito) experimentando perturbación de su inteligencia. En este caso el individuo estaba incapacitado para obrar con discernimiento o de saber que su acto era peligroso. Por consiguiente puede destruírse la presunción de que se proponía cometer un delito en determinada persona. Este estado de inconsciencia es menos avanzada que en la forma alcohólica *total o plena,* en la cual el alcoholista cae casi en coma alcohólica y es a los que Lombroso y otros autores asimilan al loco delincuente."

a) *Violación de la ley penal.*

Dos tesis expone el recurrente en relación con su responsabilidad —la de la intoxicación alcohólica y, subsidiariamente, la del exceso en la legítima defensa— para concluir que ha debido aplicársele o una medida de seguridad o la sanción del homicidio reducida.

La ley penal —conforme a los postulados de la psiquiatría— clasifica la intoxicación producida por el alcohol en dos aspectos —el crónico o permanente y el agudo o transitorio— previstos en los artículos 29 y 38 del Código; y no hay que confundir, como lo hace el recurrente, el estado de inconsciencia producido por el uso de sustancias embriagantes, con el producido por los trastornos mentales, nítidamente previstos en aquel Código, ni tampoco la embriaguez ordinaria con el alcoholismo crónico, pues si la primera apenas causa una simple perturbación intelectual transitoria, la segunda —en cambio— es un estado patológico crónico producido por el hábito del alcohol.

Excluído el caso de que Cortés se hubiera embriagado para cometer un delito —ya que entre víctima y victimario existía cordial amistad— como también el de la embriaguez fortuita e involuntaria, ella concuerda con todas las condiciones de la voluntaria; Cortés, en efecto, fue de los que, acompañado de otros empleados de la Colonia, concurrió a la Proveeduría a proveerse de vino para continuar la fiesta, y —como lo dicen muchos testigos— bebía en forma tal que ni siquiera hacía uso de copa o vaso para ello.

La tesis del estado de inconsciencia alegada —además— se destruye con las mismas afirmaciones del procesado, quien, en sus indagatorias, recuerda todos los detalles de la fiesta, aun el referente al disparo, aunque con la explicación de que fue hecho al aire, sin ánimo de causar la muerte a nadie; aún más, afirma reiteradamente que no se embriagó, es decir, que no pudo haberse producido la inconsciencia con posterioridad alegada.

La embriaguez de Cortés, clasificada en la categoría de voluntaria, con la modalidad de no haber podido prever sus consecuencias delictuosas —tal como el Juez la propuso y la aceptó el Jurado— constituye, no una modificadora sino una circunstancia de menor peligrosidad.

No es menos vulnerable la tesis del exceso en la legítima defensa, esa sí invocada por Cortés en sus indagatorias, y ello explica por qué el procesado negó se hubiera embriagado; Cortés fue atacado —es cierto— pero después del disparo contra Losada y no antes, y como una reacción contra el procesado; el Jurado —por eso— contestó afirmativamente el cuestionario referente a la inexistencia de la provocación.

No sería posible, pues, aceptar que ha habido una violación de la ley penal, al considerar la embriaguez como atenuante y la provocación como inexistente.

b) Errada apreciación de la pericia médico-legal.

La pericia médico-legal coincide con la tesis de la embriaguez, como atenuante de la responsabilidad, y toda ella —la pericia— se dirige a afirmar que Cortés ejecutó su delito en estado alcohólico agudo, accidental o fortuito —embriaguez semi-plena— que "destruye la presunción de que se propuso cometer un delito en determinada persona".

El Tribunal, en consecuencia, no apreció erradamente el concepto médico-legal, al considerar la embriaguez como circunstancia de menor peligrosidad, y fijar la sanción en su mínimo, en atención a los antecedentes ejemplares del procesado que le dan relieve de no peligroso.

Además, si la apreciación jurídica de la pericia médico-legal hubiera sido claramente errada —que aquí no lo fue— nada podría hacer la Corte, ya que como en ella fundó el Jurado su veredicto, sobre éste repercutiría la decisión que se adoptara.

III.—DECISION DEL RECURSO

Del anterior estudio claramente se deducen las siguientes conclusiones:

a) Que no hubo errada interpretación o indebida aplicación de la ley penal, ni —en consecuencia— violación de la misma, al imponer el recurrente la sanción mínima del artículo 362 de la mencionada ley, en vez de una medida de seguridad, o la del mismo artículo en relación al artículo 27 del Código Penal, y

b) Que no se apreció erradamente la pericia médico-legal sobre el estado de embriaguez en que el recurrente se hallaba cuando cometió la infracción, al considerarlo como circunstancia de menor peligrosidad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, del diez y ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, por la cual condenó a Gonzalo Alberto Cortés, a la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio cometido en la persona de Alberto Losada, en la Colonia Penal de Araracuara, el siete de diciembre de mil novecientos cuarenta.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo—Julio E. Argüelles R., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Discrepancia entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia

I.—Los Tribunales no pueden agravar, en la sentencia, el homicidio que, de acuerdo con el auto de proceder y el veredicto del Jurado, apenas fue intencional.

II.—La premeditación, tanto en la antigua legislación como en la actual, debe ser afirmada en el auto de proceder, y declarada por el Jurado, para que pueda ser tenida en cuenta en la aplicación de la pena.

III.—El homicidio no premeditado cometido bajo la antigua legislación, con el fin de consumar un robo no puede, por esta circunstancia, ser sancionado de acuerdo con el artículo 363 del Código vigente, porque ello violaría el precepto constitucional de la irretroactividad de la ley penal.

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

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

José Segundo Ariza (o Roberto Ariza o Roberto Guarín o Milán Escamilla), interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó —con aplicación del artículo 363 del Código Penal vigente— a la pena de diez y siete años de presidio, por el delito de asesinato cometido en la persona de Abelardo Camelo, en las primeras horas de la mañana del día seis de agosto de mil novecientos treinta y cinco, en jurisdicción del Municipio de Anzoátegui, Departamento del Tolima.

El recurrente alegó las causales primera, segunda y tercera del artículo 567 del estatuto procesal penal, que fundó, más o menos, en la forma siguiente:

a) La primera, en que se aplicó la ley posterior en vez de la vigente en la época del delito;

b) La segunda, en que se apreciaron erradamente los hechos, y por causa de esta errada apreciación, se le condenó por el delito de asesinato, cuyos elementos constitutivos no fueron acreditados, y

c) La tercera, en que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y, además, en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Cometido que fue el delito en mil novecientos treinta y cinco, la causa se sometió a las normas procesales entonces vigentes, en ambas instancias, y que la Corte —por la misma razón— aplicó en el desarrollo del recurso.

El estudio —en consecuencia— se circunscribe a la sentencia, en relación con el auto de proceder y con el veredicto del Jurado.

I.—EL AUTO DE PROCEDER

El Juez 1º Superior de Ibagué sintetiza los hechos en la forma siguiente:

"De las diligencias informativas aparece que en la noche del cinco de agosto de mil novecientos treinta y cinco, la familia constituída por los esposos Abelardo Camelo y Micaelina Acosta, con sus hijos Verónica, Campo Elías y Josefina de quince, doce y diez años de edad, respectivamente, y una niña de nueve meses de nacida, que residía en su casa de habitación, situada en el paraje denominado "La Quinta", fracción de "La Pitala", jurisdicción del Municipio de Anzoátegui, fue sorprendida, de las doce de la noche a la una de la mañana, con la presencia, dentro de su dormitorio, de dos individuos que habían penetrado por el alero de la casa y que reconocieron como Miguel y José Segundo Ariza, el primero de los cuales, situado cerca a la puerta de la sala pugnaba por destrancarla desde el interior, mientras alumbraba al mismo tiempo, con una linterna, hacia la alcoba, en cuya puerta de entrada se encontraba José Segundo, quien llevaba la cara tiznada, y como Micaelina despertara y viera esa luz, llamó a gritos a su esposo, quien se levantó entorpecido por el sueño, y tan pronto se hubo levantado fue atacado por José Segundo a machete y enseguida con un cuchillo con el cual le causó una puñalada en el pecho que lo derribó al suelo, quedando exánime, y en ese mismo momento los hijos de Camelo se botaron sobre él tratando de impedir que fuera agredido, y sufrieron heridas con garrote y con arma punzo-cortante, lo mismo que Micaelina, quien,

con la pequeñita en los brazos, se interponía a fin de favorecer a su esposo, siendo tirada al suelo de un garrotazo que recibió a la vez la niña. Que una vez muerto Camelo, le averiguaron los asaltantes a Micaelina por los dineros que ella y su esposo tenían guardados, y como ésta dijera que no había, porque algunos que recibieron los invirtieron en compras de café, la amenazaron de darle muerte si no los entregaba, pero ésta se resistió y los atacantes desentablando la alcoba encontraron bajo el piso dos cajas de metal que contenían, la una doce y la otra ochenta y ocho pesos en billetes de a diez, de a cinco pesos y de a peso, y un peso con cincuenta centavos en monedas de a cincuenta centavos, y luégo rompieron dos baúles que había en la sala, donde existían doscientos pesos de propiedad de Dominga Camelo, hermana de Abelardo, en billetes de a cinco y diez pesos, cantidades que se llevaron, saliendo en seguida, sin que se hubiera constatado qué dirección tomaron."

El mismo funcionario, en otra parte del auto de proceder, razona así:

"El móvil del homicidio fue el robo, pues en ninguna parte del expediente aparece demostrado que para la ejecución de aquel hecho hubiera mediado deliberación o resolución anticipada de cometerlo por parte de los sindicados, conclusión a la cual se llega si se observa que al penetrar a las habitaciones, ellos iban con el sigilo del caso en persecución de su objetivo, y sólo al verse descubiertos acometieron contra las personas en la forma tántas veces mencionada por los testigos que presenciaron esos hechos, pues el de la amenaza que le hizo dos años antes uno de los sindicados en una ronda que verificaban por sí solo no puede estimarse como elemento suficiente para dar por establecida la premeditación, homicidio que en tales condiciones tiene únicamente el carácter de simplemente voluntario, lo mismo que las heridas, homicidio y heridas en los cuales concurrieron las agravantes de la indefensión de las víctimas, la alarma, osadía y violencia en la ejecución del hecho."

Mediante este auto —que el Tribunal Superior confirmó en todas sus partes, sin modificación alguna— el Juez Primero Superior abrió causa criminal contra José Segundo o Roberto Ariza y Miguel Ariza, por los delitos de homicidio y robo, y sobreseyó definitivamente, a favor de los mismos, por el delito de heridas, en virtud de prescripción de la acción penal.

II.—EL VEREDICTO DEL JURADO.

Dos cuestiones fueron propuestas al Jurado, referentes la una al homicidio, y la otra al robo, que fueron resueltas así: cuanto a José Segundo o Roberto Ariza, afirmativamente la primera, y negativamente la segunda, y en cuanto a Miguel Ariza, ambas negativamente.

La primera cuestión sometida al Jurado, y única contestada afirmativamente, es la siguiente:

"¿El acusado José Segundo o Roberto Ariza o Roberto Guarín o Milán Escamilla es responsable, sí o nó, de haber dado muerte voluntariamente a Abelardo Camelo, causándole, entre otras heridas, con instrumentos cortante y punzo-cortante (machete y cuchillo) dos de naturaleza esencialmente mortal, que interesaron el corazón, el pulmón izquierdo con sus respectivos vasos y produjeron su fallecimiento inmediato; hecho ejecutado por Ariza, Guarín o Escamilla con la cooperación de tercera persona, con el fin de sustraerse y apropiarse una cantidad de dinero perteneciente a Camelo y a algunos de sus familiares, encontrándose la víctima indefensa y ocurrido en la noche del cinco al seis de agosto de mil novecientos treinta y cinco, en la casa de habitación del occiso, situada en el punto denominado 'La Quinta', fracción 'La Pitala', jurisdicción de Anzoátegui?"

III.—LAS SENTENCIAS.

El Juez Superior, de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder y también con el veredicto del Jurado —que consideró el homicidio imputado a Ariza en la categoría de simplemente voluntario— lo condenó con aplicación del artículo 600 del antiguo estatuto penal, y calificación en grado medio, a la pena de nueve años de presidio, absolvió a Miguel Ariza, por los mismos delitos por que fue llamado a juicio, y sobreseyó —por causa de prescripción— por el delito de robo a uno y otro imputado.

El Tribunal, —previo concepto del Fiscal sobre confirmación de la sentencia en cuanto a José Segundo o Roberto Ariza, y declaración de notoria injusticia del veredicto en cuanto a Miguel Ariza, reformó el fallo de primera instancia y —con aplicación del artículo 363 del nuevo estatuto penal— condenó al recurrente a la pena de diez y siete años de presidio en oposición a la referida solicitud del Fiscal.

IV.—ESTUDIO DEL RECURSO.

El problema planteado por el recurrente a la Corte reside en la premeditación, descartada en el auto de proceder, en el veredicto y, de consiguiente, en la sentencia de primer grado, y

que el Tribunal Superior no podía ya considerar como extemporáneamente consideró, en la sentencia, para agravar la responsabilidad y también la pena.

El Tribunal Superior párte del presupuesto de la premeditación y del motivo determinante del homicidio, que fue el robo, así como también de la circunstancia de la indefensión de la víctima, para sostener la tesis de que el homicidio imputado a Ariza es asesinato, y no homicidio simplemente voluntario, sea que se considere frente a la antigua legislación o frente a la nueva, tesis que funda en el mismo veredicto, según el cual Ariza dio muerte a Abelardo Camelo, voluntariamente, con la cooperación de tercera persona, con el fin de sustraerse y apropiarse una cantidad de dinero y encontrándose la víctima indefensa, en su casa de habitación.

La Corte —fundada en la ley y en la jurisprudencia— no puede aceptar la tesis del Tribunal, y la razón es obvia.

Si los elementos constitutivos del asesinato, en una y otra legislación, tienen alguna analogía, hay uno en que discrepan fundamentalmente, y es la premeditación; así, si —según el estatuto de mil ochocientos noventa— el homicidio, para que se considerara como asesinato, debía ser premeditado, siempre y cuando lo acompañaran una o más de las circunstancias del artículo 586, en el de mil novecientos treinta y seis la premeditación, condicionada a los motivos innobles, o bajos, es apenas uno de los elementos constitutivos, de modo que puede configurarse el asesinato aunque la premeditación no exista; y si hoy el homicidio cometido para preparar, facilitar o consumar otro delito, constituye asesinato, también bajo la antigua legislación, siempre que —eso sí— fuera premeditado.

Supone el Tribunal que, aunque el veredicto se refiera a homicidio voluntario, debe interpretarse como premeditado en virtud de la norma del artículo 585, según el cual "el homicidio se presume tal siempre que no se pruebe o resulte que pertenece a otra de las clases que reconoce la ley", con tanto mayor razón —explica— cuanto que no fue cometido en virtud de algunas de las circunstancias del artículo 587 del antiguo estatuto penal; y si se aplica el nuevo, igualmente debe considerarse como asesinato, ya que, aunque no fuera premeditado, el homicidio fue cometido con el fin de consumar el de robo.

Para que el Tribunal —observa la Corte— pudiera llegar a esta conclusión, se requerirían dos condiciones: primera, que en el auto de proceder se hubiera expresamente hecho referencia al asesinato, y que se hubiera propuesto, como consecuencia, al Jurado, condiciones aquellas determinadas en una y otra legislación, y que no fueron cumplidas en el presente caso. Así lo ordenan los artículos 79 de la Ley 100 de 1892, 47 de la Ley 169 de 1896, y 431 (numeral 3º), 498 (normas segunda y tercera) de la Ley 94 de 1938, y la jurisprudencia de la Corte lo ha reafirmado desde la vigencia de las Leyes 72 de 1923, 118 de 1931 y 94 de 1938.

* * *

El problema comprende, pues, tres aspectos: el del auto de proceder, el del veredicto, y el de la sentencia.

a) *El auto de proceder.*

"El auto de proceder —se dijo en sentencia de nueve de octubre de mil novecientos veinticinco (*Jurisprudencia de la Corte*, número 303 tomo 3º), debe contener el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que inicie su defensa, y en la parte motiva de él no se puede callar sobre hechos graves como son la premeditación y las circunstancias de asesinato, tan graves, que pertenecen a la esencia de este delito, sancionado con la pena máxima que impone el Código Penal."

En sentencia del diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y uno (tomo 51, número 1970, *Gaceta Judicial*, índice número 20)— dijo la Corte:

"El auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia en el juicio penal". Y más adelante explica la tesis en la forma siguiente: "Supóngase que a un sindicado se le haya llamado a juicio por un homicidio simplemente voluntario (o intencional como lo denomina el nuevo Código), descartando la premeditación, y que el Jurado no sólo le dé una respuesta afirmativa al cuestionario sino que le agregue expresamente la circunstancia de la premeditación. ¿Podría entonces el Juez de derecho condenar al reo por homicidio premeditado? No, porque ese cargo no se le había hecho en el auto de proceder, que equivale a la demanda formulada por el Poder Público en contra del reo, y al penarlo por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento, se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio."

No podía —tampoco— el Juez someter al Jurado cuestión tan grave como la premeditación, si fue expresamente excluída de los cargos formulados en el auto de proceder, hubiérase aplicado el antiguo o el nuevo estatuto procesal penal.

b) *El veredicto.*

"Cuando en el auto de proceder —dijo la Corte (*Jurisprudencia de la Corte,* tomo 3º, número 3063), no se dice nada sobre la premeditación, ni aun siquiera tomando como base la presunción de que trata el artículo 585 del Código Penal, no hay para qué consignarla en el interrogatorio que se propone al Jurado, puesto que él se formula de acuerdo con el auto de proceder (artículo 47, Ley 179 de 1896)."

"Por el hecho de que el Jurado no haya conceptuado en el veredicto sobre la existencia de la premeditación —dijo la Corte en otra sentencia —(*Jurisprudencia de la Corte,* número 3066, tomo 3º)— con que se cometió el homicidio, por no haberse incluído esa circunstancia en el interrogatorio, no es lógico concluir que tal elemento existe en el proceso para presumirse legalmente la premeditación en dicho delito, según el artículo 585 del Código Penal."

Excluída la premeditación —como expresamente lo fue— aun con la aquiescencia del Tribunal Superior que confirmó el auto de proceder sin que hubiera objetado en forma alguna aquella exclusión, no podía el Juez Superior proponer al Jurado un cargo nuevo bajo la antigua legislación; menos bajo la nueva, que expresamente ordena se formulen los cuestionarios de acuerdo con el mencionado auto, y, aún más, se propongan separadamente la cuestión material, las referentes a elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad y las relativas a las circunstancias que puedan influír en la determinación de la sanción.

c) *La sentencia.*

Cometido el delito en la época de la vigencia de la antigua legislación, y aplicada ésta en todo el desarrollo procesal del juicio, no podía el Tribunal Superior suplir la exclusión de la premeditación tanto en el enjuiciamiento como en el veredicto, para dar al delito la figura jurídica del asesinato, fundado en que en éste se aceptó el homicidio voluntario cometido con el fin de consumar el de robo y con la circunstancia de la indefensión de la víctima con aplicación del artículo 363 (numerales 3º y 5º) del nuevo estatuto penal, y consiguiente aumento de la pena.

La norma constitucional —en su parte general— prohibe el juzgamiento conforme a leyes no preexistentes al acto imputado, norma que, al mismo tiempo, crea una excepción en materia penal, y es la retroactividad de la ley que la regula.

Desarrollo de esta norma es el artículo 722 del estatuto procesal penal vigente, y que la Corte Suprema, en sentencia del 13 de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, declaró inexequible "únicamente en cuanto sustrae los procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, fecha de su vigencia, de la aplicación de sus normas de carácter sustantivo, en los casos en que son más favorables al acusado que las reglas respectivas de la legislación anterior". Lo que quiere decir que un procesado puede escoger —si lo cree más favorable— la ley procesal posterior a la comisión del delito, cuando el proceso fue iniciado antes de la vigencia de la nueva ley, y con mayor razón la que regía al tiempo de cometer el delito; tratándose de la aplicación del derecho penal material, el problema no existe, ya que el procesado puede acogerse a la que fije la nueva pena, que es el caso presente.

La sentencia, además, no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder ni en acuerdo con el veredicto del Jurado, por lo cual se violó la primera.

V.—DECISION DEL RECURSO

Probada como está la causal tercera del artículo 567 de la Ley 94 de 1938, compete a la Corte dar cumplimiento al artículo 570 del mismo estatuto, invalidando el fallo recurrido y dictando el que deba reemplazarlo.

La Corte, como fundamento de este fallo, acoge las razones de la Procuraduría, que, en lo pertinente, están así expuestas:

"Roberto Ariza debe, pues, ser reprimido como autor de un homicidio simplemente voluntario, que tiene una penalidad de seis a doce años de presidio, según el artículo 600 del antiguo Código. Como aquí concurren las circunstancias agravantes o accesorias del mayor riesgo que ocasionó el delito (estuvieron en peligro varios niños y la esposa del que murió), la mayor osadía del acusado al llevar a término sus criminales designios, y la indefensión y conflicto de la persona ofendida, concluyese que la delincuencia debe calificarse en grado medio.

"Pero como el homicidio se consumó para facilitar el robo, y consta de autos que Roberto Ariza realizó otro ataque en las mismas condiciones del que registra este proceso, pero en que no hubo homicidio sino heridas y en que fue condenado a seis años de presidio, síguese que este delincuente demuestra una gran peligrosidad y una marcada tendencia a cometer delitos, contra las personas y la propiedad. Esa la razón para que este Despacho crea conveniente que a la sanción en segundo grado que merece, deba aumentarse la sexta parte diferencial que autoriza el artículo 124 del Código.

"Por consiguiente, la pena que le corresponde al reo es la siguiente, en concepto de la Procu-

raduría: nueve años de presidio calificada la delincuencia en segundo grado, y un año más de la misma sanción equivalente a la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo que señala el artículo 600. Total, diez años de presidio."

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

A) *Invalidar* —como invalida— la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha diez y siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual condenó a José Segundo o Roberto Ariza o Roberto Guarín o Milán Escamilla, por el delito de asesinato en la persona de Abelardo Camelo;

B) *Condenar* —como condena— al mismo José Segundo o Roberto Ariza, o Roberto Guarín o Milán Escamilla, a las siguientes penas:

a) A la pena principal de diez años de presidio, por el delito de homicidio voluntario en la persona de Abelardo Camelo, con aplicación de los artículos 117, 118, 122, 123 (inciso 2º) y 600 del antiguo estatuto penal;

b) A la pérdida perpetua de toda pensión, empleo o cargo público, a la privación —también perpetua— de los derechos políticos, al pago de las costas procesales, a la pérdida de las armas con que ejecutó el delito, y

c) Al pago de los perjuicios ocasionados por el delito a favor de los herederos de Abelardo Camelo, deducidos en el juicio que para su indemnización se inicie ante los Jueces Civiles.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán J., José Antonio Montalvo, Carlos V. Rey, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

La amistad íntima como causal de recusación

I.—La amistad íntima que el estatuto procesal penal fija, como causal de recusación, es la que liga al Juez o Magistrado con alguna de las partes o con su apoderado o defensor.

II.—La amistad íntima entre el Magistrado y los familiares de un procesado, entre los cuales está su escribiente, no está señalada como causal de recusación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

La Corte Suprema —por medio de esta providencia— resuelve el *incidente de recusación* que contra el doctor José Gabriel Vargas, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, propuso el Abogado doctor Daniel Gil Lemos, apoderado de la parte civil en el sumario iniciado contra Francisco Vallecilla, Melba Ortiz y otro por homicidio en Enrique Cerón, chauffeur del Secretario de Hacienda del Departamento.

I.—RESULTANDOS:

a) Los defensores de Francisco Vallecilla y Melba Ortiz, procesados por la muerte de Enrique Cerón, apelaron del auto que ordenó su detención preventiva, recurso que —en el Tribunal— correspondió al Magistrado doctor José Gabriel Vargas, y cuyo auxiliar o escribiente es el señor Ricardo Vallecilla, padre legítimo del procesado;

b) El apoderado de la parte civil lo recusó, fundado en los numerales 5º y 9º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por la amistad íntima entre el Magistrado doctor Vargas y la familia del procesado Vallecilla, y por ser el padre de éste su auxiliar;

c) El Magistrado recusado no aceptó la recusación, por cuanto no es íntima la amistad referida; el nombramiento de auxiliar en el señor Ricardo Vallecilla se debió no a vínculos de amistad íntima con su familia sino a sus condiciones de capacidad y de probidad; dicho auxiliar no es ninguna de las personas que determina el numeral 9º del artículo 73, y, finalmente, desde que llegó al Tribunal el negocio contra los responsables de la muerte de Enrique Cerón, ha actuado en él no el auxiliar señor Vallecilla sino —en su reemplazo— el mismo Secretario de la Sala Penal, y

d) El Magistrado, doctor Lucio A. Balcázar —el siguiente en el turno de la Sala— acogió la tesis del Magistrado recusado doctor Vargas y ordenó enviar a la Corte los documentos del caso para que aquí se decidiera la recusación.

II.—CONSIDERANDOS:

a) La amistad íntima que la ley procesal penal exige como fundamento de recusación, es la que vincula al Magistrado con alguna de las partes o con el apoderado o defensor de éstas; amistad aquella que —como lo explica el Magistrado doctor Vargas— no es, precisamente, la que existe entre las personas oriundas de una misma población, amistad condicionada a las normas de cortesía y de buena educación que rigen ordinariamente las relaciones sociales.

La existencia de la amistad íntima —observa la Corte— presupone un conjunto de hechos y manifestaciones que, objetivamente, correspondan con exactitud a aquella noción, y que sólo pueden apreciar las personas a quienes liga, pues si se aceptara la tesis del recusante, no habría Juez o Magistrado, especialmente en centros urbanos pequeños, que en el ejercicio de sus funciones pudiera libertarse de análogas recusaciones; las partes —además— consideradas jurídicamente en los procesos penales, están limitadas al Ministerio Público, a la civil y a la defensa, nociones éstas que, enfrente de la norma del numeral 5º citado, no se extienden jamás a sus familiares;

b) La relación de dependencia entre el Magistrado doctor Vargas y el padre del procesado,

no está prevista por la ley como causal de recusación; y sin que la Corte deje de apreciar la incómoda posición del Magistrado relativa a la de su auxiliar, alguna razón debió tener el legislador para no incluir —entre las personas señaladas en el numeral 9º— al padre del procesado, sin que sea lógico dar a la norma una interpretación analógica o extensiva, como lo sugiere el recusante, y

c) El Magistrado doctor Vargas, al encomendar al Secretario de la Sala Penal las funciones de su auxiliar señor Vallecilla, en este negocio, se anticipó —en forma satisfactoria y moralmente laudable— a prevenir los temores infundados del recusante.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que el Magistrado del Tribunal de Popayán doctor José Gabriel Vargas *no está impedido* para conocer del proceso seguido a Francisco Vallecilla y Melba Ortiz por la muerte de Enrique Cerón, y que puede seguir conociendo del mismo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán J., José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello, Secretario.

La premeditación y el dolo de ímpetu, son inconciliables

I.—Hay contradicción del veredicto cuando el Jurado declara la existencia de la premeditación y el acto primo o emocional originado por la pasión de los celos.

II.—Esta contradicción no quita al homicidio el carácter de asesinato, si el mismo Jurado declaró otras de las circunstancias que lo configuran, como la indefensión o inferioridad de la víctima.

III.—La aplicación de medidas de seguridad por delitos cometidos en estado de intoxicación crónica, enajenación mental o grave anomalía psíquica, requiere que tales estados hayan sido declarados en el auto de proceder y también por el Jurado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

Alberto Olivares Clavijo, recluído en la cárcel de Cúcuta, fundó el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que lo condenó a la pena principal de veinticuatro años de presidio, por homicidio en su hija natural *María Antonia Contramaestre,* en las causales primera, segunda, cuarta y séptima del artículo 567 del estatuto procesal penal, que explicó en los términos que siguen y que la Corte resume:

a) La primera, porque —de acuerdo con el estado mental del recurrente— ha debido imponérsele medida de seguridad, y no pena;

b) La segunda, porque a la afirmación de que María Antonia Contramaestre era su hija natural se le dio carácter de reconocimiento de tál, opuestamente al artículo 2º de la Ley 45 de 1936;

c) La cuarta, porque no se notificó al defensor el auto por el cual se fijó día para el sorteo de jurados; y

d) La séptima, porque la premeditación y la pasión —aceptadas por el Jurado— no pueden coexistir, y son, por lo tanto, contradictorias.

Separadamente, la Corte estudia cada una de las causales invocadas por Olivares.

I.—VIOLACION DE LA LEY PENAL.

Afirma el recurrente que —no siendo sano su estado mental según dictamen de los médicos— el Tribunal debía haberle aplicado una medida de seguridad, y como no cumplió éste mandato, violó la ley penal por interpretación errada y aplicación *aberrante* (sic) de la misma.

La Corte analiza —a continuación— esta causal, en relación con las normas que rigen las medidas de seguridad, y con los datos del proceso.

La aplicación de las medidas de seguridad en causas como la presente, en que ha intervenido el Jurado, está subordinada a las siguientes condiciones, material o sustantiva la primera, y formales o adjetivas las otras:

a) Que al tiempo de cometer el hecho —según el artículo 29 del Código Penal— se hallare el agente en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica;

b) Que en el auto de proceder se haya hecho referencia a dicho estado;

c) Que en la formulación de los cuestionarios —según el inciso 5º de la norma 2ª del artículo 498— se incluya la pregunta relativa a la enajenación mental o a cualquiera otra de las circunstancias previstas en el mencionado artículo 29; y

d) Que respondida afirmativamente por el Jurado, no pueda ser tachada como contraria a la evidencia de los hechos, y si lo fuere, la tacha no prosperare.

Ninguna de estas condiciones se ha cumplido en este proceso, como se comprueba en seguida.

a) *El estado mental de Olivares en el momento del delito.*

Los médicos legistas sí hacen referencia al estado mental en que se hallaba Alberto Olivares Clavijo en el momento en que dio muerte a su hija María Antonia Contramaestre.

"El hombre —refiriéndose a Olivares, dictaminaron seis meses después del delito— tiene facultades mentales normales; pero es, en su sistema nervioso, un hipersimpático tónico, de reacciones muy vivas e inesperadas, a lo que

también contribuye notablemente una sífilis incompletamente tratada."

"No aceptamos —conceptuaron otros facultativos en las audiencias— la pérdida del conocimiento, que invoca Olivares, en el preciso momento de apuñalear a la víctima; es éste un negativismo común a todos los delincuentes, y no es explicable cómo un individuo, sin taras nerviosas anteriores y que relata minuciosamente todos los hechos hasta el momento de coger la cuchilla en la mano para atacar a su víctima viene a quedar en un estado de automatismo para cometer el crimen."

"Todo esto —afirman en el mismo concepto— indica un estado de plena conciencia de su responsabilidad. Por todo lo expuesto, concluímos —añaden— que Olivares Clavijo es un individuo normal, responsable de sus actos y que la infección sifilítica que sufre no ha alterado en nada sus facultades mentales."

En cuanto a la pérdida del conocimiento y al automatismo alegados por el procesado, añaden los mismos médicos: "Y esto lo niegan las declaraciones de algunos testigos presenciales, quienes dicen que después de haberle causado algunas heridas a la Contramaestre, se salió a la puerta de la tienda y al darse cuenta de que aún no había muerto, se volvió y siguió propinando puñaladas al mismo tiempo que le decía 'muérase mija' y otras frases que indicaban claramente su voluntad de terminarla."

Persistió Olivares en sostener la tesis de la alienación y de la grave anomalía psíquica, y recurrió en el término de prueba a los testimonios de Julia y Adelaida Cáceres y Eliseo Jaimes para presentar el cuadro patológico de su familia: la demencia de su madre, de un tío y de una hermana, no comprobadas en la forma técnica exigida por la ley. Y es inexplicable que el Juez no hubiera cumplido la orden por él mismo antes dada, de trasladar a Bogotá al recurrente, como éste lo pidió, para ser sometido al estudio de la Oficina Central de Medicina Legal, ya que ello habría eliminado desde entonces la posibilidad de la hipótesis de Olivares sobre la enfermedad mental que —según él y en oposición a lo afirmado por él y sus testigos— culminó en el atroz delito pasional consumado en su propia hija.

Ni los dictámenes transcritos, ni los testimonios referidos, ni el resultado del examen solicitado por Olivares durante el juicio ante la Oficina Médico Legal de Bogotá, podrían sugerir que ultimó a su hija en un ataque de locura o epilepsia o de otra turbación mental excluyente del propósito, porque ello sería contrario no sólo a las afirmaciones de quienes fueron testigos de los últimos días que precedieron al delito y del encuentro con su hija en la tienda de Quintero, sino también a las del propio homicida y a las de los Directores de los Institutos carcelarios que, en sus certificados, reafirman el comportamiento ejemplar de Olivares y su sorprendente capacidad de readaptación social. (Cuaderno 1º, folio 142).

b) *La referencia al estado mental en el auto de proceder.*

En la parte motiva del auto de proceder —en cumplimiento del artículo 431 del estatuto procesal penal— debía haberse hecho referencia a la alienación mental, o a la intoxicación o a la anomalía psíquica, si Olivares había cometido el hecho imputado en uno de aquellos estados; pero como la investigación no tenía base alguna, ni las partes alegaron sobre ese punto, ambos falladores —Juez y Tribunal— omitieron esa referencia.

c) *La referencia en los cuestionarios.*

Competía al Juez —de acuerdo con los artículos 497 y 498 del estatuto procesal penal— formular los cuestionarios, y, entre éstos, el referente a cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Estatuto Penal, como claramente lo expresa el inciso 5º de la norma 2ª del artículo 498 citado.

"Si se arguyere —estatuye este inciso— que el procesado se halla en estado de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal se preguntará lo siguiente, por ejemplo: 'A tiempo de cometerse el hecho a que se refiere el cuestionario anterior, ¿N. N. se hallaba en estado de enajenación mental? ¿o de intoxicación crónica? ¿o padecía de grave anomalía psíquica?' "

El Juez omitió proponer al Jurado —como varias veces se ha dicho— tales circunstancias, sin que tal omisión fuera subsanada por las partes en la forma que el artículo 503 establece, si es que ellas, el defensor por ejemplo, tenía la convicción de que Olivares dio muerte a su hija en estado de grave anomalía psíquica, como a última hora ha venido a sostenerlo.

Y fue tan poca la importancia dada por el defensor a aquellas circunstancias —las del artículo 29— en las instancias, que, al interponer el recurso ante el Tribunal, no hizo a ellas referencia alguna, y sólo en la demanda ante la Corte afirma que la no aplicación de las medidas de seguridad constituye la violación de la ley penal, sin considerar que en la sentencia no se podía aplicar sanción alguna en desacuerdo con el auto de proceder o con el veredicto del Jura-

do, en los cuales las circunstancias del artículo 29 fueron del todo excluídas por absoluta carencia de comprobación legal.

La causal primera indicada —en consecuencia— no ha sido fundada.

II.—ERRADA APRECIACION DE LOS HECHOS.

Apreció erradamente el Tribunal el hecho de haber afirmado Olivares —en varias de las diligencias del proceso— que María Antonia Contramaestre, la occisa, era su hija natural, error que situó su delito en el numeral 1º del artículo 363 del Estatuto Penal e influyó —el error— en la determinación de la sanción.

El argumento de Olivares se dirige a comprobar que la afirmación hecha ante el Alcalde de Cúcuta sobre la filiación natural de la víctima en relación con él —el recurrente— no tiene valor alguno, pues para que el reconocimiento fuera legal se requeriría que hubiera sido hecho ante un Juez competente, conforme a la parte final del artículo 2º de la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural, y el Alcalde o funcionario instructor no es el Juez a que se refiere aquella Ley.

No comprobada la filiación natural —razona el recurrente en forma más o menos análoga— se cometió grave error en el auto de proceder, en el veredicto y en la sentencia, error que determinó la calificación de asesinato dada al delito, el aumento de las circunstancias de peligrosidad y el aumento consiguiente de la pena.

Observa la Corte, previamente, que la confesión de Olivares de que María Antonia Contramaestre era hija natural suya, no sólo fue hecha ante el Alcalde de Cúcuta, sino también ante el Juez Superior, en la diligencia ordenada por el artículo 452, y en la audiencia pública, ante el mismo Juez, los Jurados, el Fiscal, el Defensor y el público que a ella concurrió, y no únicamente en esas diligencias sino también en otras del proceso, y siempre en presencia del funcionario instructor o del Juez de la causa.

No se trata aquí —como es obvio— de comprobar el estado civil de María Antonia Contramaestre, con el propósito de reconocerle y garantizarle los derechos que el estatuto civil otorga a los hijos naturales, ni se está dentro de la controversia civil iniciada de acuerdo con la Ley 45 de 1936 y para los fines que ella se propone.

Olivares trató a María Antonia Contramaestre —públicamente— como a su hija natural; vivió en Cúcuta con ella y con la madre, Victoria Contramaestre, en los últimos tres años, ciudad a la cual las llamó para reunirse con él cuando ellas residían en Maracaibo; y en tal carácter dio su asentimiento al matrimonio de María Antonia con el Agente Romero.

Estos hechos, coordinados con las varias afirmaciones que Olivares hizo ante los funcionarios públicos con toda libertad, sin coacción alguna, espontáneamente, comprueban el vínculo de consanguinidad entre víctima y victimario; y no sería lógico que —en un desesperado esfuerzo de defensa— pudiera recurrir a las exigencias de una ley civil expedida para garantizar y reconocer a los hijos naturales derechos que sus padres les desconocen o disputan.

Por lo demás, el punto tiene en el presente caso menor importancia de la que quiere atribuirle el recurrente, puesto que aun sin tener en cuenta el parentesco, el asesinato está plenamente configurado, al tenor del veredicto, con las circunstancias de premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con la de la indefensión de la víctima a quien cruel y cobardemente acuchilló su padre.

La tesis del Procurador Delegado en lo Penal de que, en materia penal, cuando se trata de establecer el parentesco, no es necesaria la prueba técnica del Derecho Civil, sólo puede aplicarse a casos como éste, ya que en otros es indispensable en la forma establecida por las leyes civiles, pues así lo dispone el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal.

Alberto Olivares —observa la Corte— dio muerte a María Antonia Contramaestre, a sabiendas del vínculo de consanguinidad que a ella lo ligaba, y no sería posible suponer que la repetida confesión sobre la existencia de ese vínculo constituyera un propósito de simulación aquí incomprensible por las consecuencias penales que la confesión había de acarrearle, como le ha acarreado, en la calificación del delito; caso contrario sería si Olivares lo hubiera cometido, en la ignorancia de que el mencionado vínculo existía.

III.—LA NULIDAD.

Funda el recurrente la cuarta causal —el haber dictado la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad con violación de la ley procedimental— en que no se notificó personalmente al defensor el auto por el cual se fijó día y hora para la diligencia de sorteo de Jurados, y en que al recurrente se le negaron los derechos a la defensa, tales como la omisión en la práctica de pruebas por él solicitadas.

No se notificó al defensor personalmente —en verdad— el auto que señaló hora y día para el sorteo, ni aquél concurrió a la diligencia, anomalía que —de acuerdo con el numeral 2º del artículo 199—, genera nulidad; pero ésta desapareció desde que el defensor no la alegó, como sucedió, antes de la ejecutoria del auto que señaló día y hora para la celebración del juicio.

Y si es cierto que no alegada en cualquier estado del proceso, antes de dictada la sentencia de segundo grado, sólo puede serlo en el recurso de casación, esto sería procedente si no hubiera disposición legal en contrario, que es aquella según la cual la nulidad desaparece cuando no se propuso antes de la ejecutoria del auto de la celebración de la audiencia.

No hay razón legal —en consecuencia— para que prospere la casación, por la causal alegada.

En cuanto a la nulidad sustancial, concretada en la omisión de las pruebas solicitadas, entre ellas la relativa al examen psíquico del recurrente, observa la Corte que todas las pruebas pedidas fueron practicadas, como consta en el cuaderno respectivo, a excepción del examen, en la forma querida por Olivares, es decir, por los médicos de la Oficina Central de Bogotá, sin que el defensor ni el recurrente hubieran insistido en ello oportunamente.

Sin embargo, el Juez solicitó de los médicos legistas de Cúcuta hicieran ante el Jurado una exposición sobre la personalidad psíquica de Olivares, cometido que cumplieron —previa concesión del plazo para el estudio solicitado— y cuya parte principal ya fue transcrita en el estudio de la primera causal.

Aunque el apoderado del recurrente ataca el concepto de los médicos legistas, en quienes desconoce capacidad en estas materias, se hizo el estudio psiquiátrico del recurrente, sin que la sustitución de los de Bogotá por los de Cúcuta implique la violación de las garantías constitucionales que alega el recurrente.

Tampoco —en consecuencia— prospera esta causal.

IV.—VEREDICTO CONTRADICTORIO

El recurrente afirma que hay una evidente contradicción entre la tercera y la séptima cuestión del veredicto, ambas resueltas afirmativamente por el Jurado.

Según la tercera, Olivares dio muerte a María Antonia Contramaestre con premeditación acompañada de motivos innobles y fútiles, y según la séptima, en un momento de impulsión instantánea, producida por la pasión de los celos.

El Procurador acepta las razones del recurrente, en los términos que siguen:

"Evidente —dice— que la premeditación y el dolo de ímpetu son inconciliables, pues al paso que la primera exige transcurso de tiempo entre la resolución y el acto delictuoso, el segundo requiere que la ofensa recibida y la reacción antisocial sean coetáneas, sin solución de continuidad capaz de permitir la reflexión detenida, persistente y tenaz que es propia de la premeditación y que inhibe al sujeto para obrar a raíz del motivo que lo embarga."

"Lo que quiere decir —añade— que los cuestionarios referentes a la premeditación y al acto primo o emocional originado por la pasión de los celos, se destruyen o esterilizan."

"Pero esto no es suficiente para invalidar integralmente el veredicto, puesto que el Jurado afirmó también, con toda nitidez, que Olivares dio muerte intencional a su hija y que la ultimó sorprendiéndola descuidada, desapercibida y en estado de indefensión."

"Cualquiera de estas circunstancias modificadoras, unida al propósito de matar, eleva el homicidio a la categoría de asesinato."

"Y en realidad que fue éste el delito cometido por Olivares, desde luégo que el proceso contiene abundante prueba de que le dio muerte voluntaria a su hija a sabiendas de que existía el vínculo de consanguinidad entre ellos y por motivos innobles y con demasiada cobardía y crueldad. No fueron suficientes los ruegos de su hija para que no la matara, ni la actitud de humillación (se puso de rodillas) que adoptó para evitar la muerte. Olivares demuestra una notable insensibilidad moral y una evidente peligrosidad."

Por otra parte —observa la Corte— el estado pasional de Olivares obedecía, no a una pasión noble, sino —lo que es más grave— a la más innoble de todas, la relación sexual de padre e hija que ésta, antes de morir, confesó a su madre y a uno de los testigos y que, si no tuvo otra comprobación, al menos —ante la inexistencia de cualquier otro motivo— aclara en parte el origen, motivo, o causa del acto homicida.

No prospera, por lo expuesto, la causal alegada.

V.—DECISION DEL RECURSO.

En consecuencia del anterior estudio, 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:

No invalidar —como no invalida— la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual condenó a Alberto Olivares Clavijo a la pena de veinticuatro años de presidio, en la cual fue computada la reincidencia, por el delito de homicidio en su hija natural María Antonia Contramaestre, cometido en la ciudad de Cúcuta el día diez y nueve de julio de mil novecientos treinta y nueve.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán J., José Antonio Montalvo, Carlos V. Rey, Conjuez.—*Julio E. Argüello,* Secretario.

La falta de propósito en el homicidio intencional no funda el ultraintencional

I.—Cuando el Jurado afirma el elemento material o físico del homicidio y niega el propósito o elemento psíquico o intencional, excluye la responsabilidad y por consiguiente lo pena.

II.—La negación del propósito en el homicidio intencional no implica la afirmación del propósito en el ultraintencional.

III.—Los Jueces o Tribunales no pueden sancionar una especie de homicidio, como el ultraintencional, que no fue previsto en el auto de proceder ni declarado por el Jurado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

El abogado doctor Luis Carlos Pérez, apoderado de Jorge Sanclemente Marulanda, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, por la cual condenó a Sanclemente —con aplicación del artículo 365 del Estatuto Penal— a la pena de cuatro años de presidio, por el delito de homicidio preterintencional en la persona de Romelia Sinisterra, cometido en la noche del cinco de julio de mil novecientos treinta y nueve, en la población de Puerto Tejada.

El recurrente invoca, como causales de casación, las siguientes:

a) La primera, o sea la violación de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma, y

b) La tercera, o sea el desacuerdo entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder y también con el veredicto del Jurado.

La decisión del recurso —cumplidas que ya han sido las formalidades procesales— comprenderá, como cuestiones previas, el resumen de los hechos y de las actuaciones judiciales que culminaron en el fallo, las tesis del recurrente y el concepto del Procurador Delegado.

I.—LOS HECHOS Y LA ACTUACION JUDICIAL.

Jorge Sanclemente Marulanda, joven de veinte a veintidós años, natural de Palmira y domiciliado en Puerto Tejada, mantenía relaciones —en la época del delito— con Cecilia Marulanda, mujer pública que vivía en la casa donde funcionaba un cabaret administrado por Rafael Holguín.

Sanclemente —que trabajaba en una hacienda vecina— llegó al cabaret, la noche del cinco de junio de mil novecientos treinta y nueve, en busca de Cecilia, quien —al verlo— le dirigió gravísimas ofensas a su honor y dignidad personales, y rehuyendo la presencia del joven, salió del cabaret y penetró a la casa vecina; Sanclemente, con el ánimo de atemorizarla —confiesa— salió tras ella y disparó su revólver, pero el proyectil alcanzó a herir, en la columna vertebral, a Romelia Sinisterra, que estaba cerca del portón de la casa donde Cecilia se ocultó, y a la cual Sanclemente —por la oscuridad de la noche— no había visto.

La investigación se inició y Sanclemente se presentó voluntariamente a la autoridad, para que fuera juzgado.

Fundado en los cargos deducidos en el auto de proceder, el Juez propuso al Jurado las siguientes cuestiones:

a) La relativa al hecho material;

b) La relativa al propósito, y

c) La relativa al estado de ira e intenso dolor causado por grave provocación.

Mas como el Jurado contestara afirmativamente la primera y la última, y negara la segunda —la del propósito— el Juez, con la confirmación del Tribunal, declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

Propuestas las mismas cuestiones al nuevo Jurado, éste estimó probado el hecho material, pero negó las referentes al propósito y al estado de la ira y del dolor.

El Juez, fundado en este segundo veredicto, absolvió a Sanclemente, y consultada la sentencia al Tribunal, éste lo condenó a la pena de cuatro años de presidio, con aplicación de los artículos 362 y 365, considerándolo responsable de homicidio preterintencional.

II.—RESUMEN DE LAS TESIS PRESENTADAS.

El Tribunal, la Procuraduría y el apoderado del recurrente han expuesto tesis importantes que la Corte resume, ya que su aceptación o no aceptación habrán de constituir las premisas de la decisión del recurso.

a) *Tesis del Tribunal.*

Afirma el Tribunal que aceptada la ejecución del hecho material y negada la intención homicida del agente, el delito debe sancionarse como preterintencional, esto es, como heridas causadas sin intención de causar la muerte, de acuerdo con la norma del artículo 365 del Estatuto Penal, pues "sería aberrante —dice— dejar sin sanción a quien hirió gravemente a otra persona porque el Jurado negó el propósito de matar".

Y no es preciso —añade el Tribunal en apoyo de su tesis— que se haya enjuiciado por ese delito, el homicidio preterintencional, ni que en el cuestionario presentado al Jurado no se haya propuesto especialmente el ánimo de causar lesiones personales: lo primero, porque el artículo 365 corresponde al capítulo que trata del homicidio, y lo segundo, porque tal cuestión quedó envuelta en la pregunta principal contestada afirmativamente, y "el auto de proceder y la respuesta del Jurado al primer cuestionario, se fundan en la existencia plenamente demostrada de la ejecución del acto delictuoso, o sea de las lesiones determinantes de la muerte".

"El último veredicto —dice textualmente el Tribunal— descarta la intención de matar pero no la voluntariedad en las lesiones, voluntariedad que quedó demostrada al confirmarse el auto de vocación a juicio, con base en el artículo 14 del Código Penal. De esto se sigue —termina— que hay que tener el hecho como simplemente voluntario, y como el Jurado descartó la ira o el intenso dolor como determinantes de la acción criminosa y el veredicto es intocable, hay que dar por borrada esa circunstancia, que había sido aceptada por el primer Jurado de conciencia."

b) *Tesis del recurrente.*

El apoderado del recurrente, en una síntesis de muy notable valor jurídico, ataca la tesis del Tribunal, que considera opuesta a las normas de la ley penal.

Si el fundamento de la responsabilidad es la psicofísica —dice— para que haya delito es indispensable el concurso objetivo y subjetivo del delincuente, de modo que si el Jurado admitió la responsabilidad física y negó el factor subjetivo, el Juzgador de derecho no podía, con el pretexto de que es necesario aplicar una sanción al delincuente, inventar un delito distinto o una modalidad diferente, ni confundir el delito intencional con el preterintencional, a menos que el Jurado hubiera descartado la intención y admitido —en cambio— la ultraintención.

En cuanto a la voluntariedad que el Tribunal supuso en el primer cuestionario para deducir la aplicación del artículo 365, el recurrente la objeta, en consideración a que en ese primer cuestionario no pueden involucrarse la figura material con la moral, la faz objetiva y la faz psíquica; de modo que —el Jurado— al eliminar la intención, desintegró el delito de homicidio, desintegración de carácter total, sin que pueda argüirse que declarada respecto del homicidio intencional la haya admitido respecto del homicidio ultraintencional.

"Para el juzgador de derecho —termina— no hay delito, si es que debe dictar un fallo, en consonancia con el veredicto del Juzgador de conciencia."

c) *Tesis del Procurador Delegado.*

El Procurador funda así su solicitud de que se infirme la sentencia y se absuelva a Sanclemente:

"Resulta de esto muy claro que el Tribunal se apartó del veredicto y aplicó erróneamente la ley penal, puesto que en manera alguna aparece de la contestación de los Jueces de conciencia la figura del homicidio ultraintencional. El Jurado reconoció únicamente para el acusado una simple imputabilidad física, dejando por fuera el elemento psíquico y fundamental que es necesario para que el delito exista, ya sea éste culposo o doloso. Tal como están concebidas las respuestas de los Jueces de hecho, no puede decirse que el homicidio imputado a Sanclemente sea el producto de una espontánea manifestación de su personalidad; esto es, que al disparar su revólver procediese con dolo o culpa."

III.—DECISION DEL RECURSO

Aunque el recurrente propuso las causales de casación primera y tercera, la Corte cree conveniente invertir el orden en que lo fueron, como lo hizo el Procurador, ya que el Tribunal situó la cuestión en la apreciación del veredicto para fundar la condena de Sanclemente.

a) *Desacuerdo entre la sentencia, el auto de proceder y el veredicto.*

"Hay lugar a casación —estatuye el numeral 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal— cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado."

Dos veredictos —se repite— hubo en esta causa: en el primero —que fue declarado contrario a la evidencia de los hechos— se aceptaron la cuestión material y el estado de ira e intenso dolor, pero se negó el propósito; y en el segundo, se aceptó únicamente el hecho material o físico, y se negaron el propósito y la ira o el dolor, sobre el cual el Juzgado absolvió y el Tribunal condenó interpretando éste el veredicto a la luz de la norma que consagra el artículo 365 del Estatuto Penal.

El problema aquí planteado se vincula a las normas de interdependencia que regulan las relaciones entre los Jueces de hecho y los Jueces de derecho, y, en consecuencia, a la potestad que la ley otorga a unos y otros en la decisión de las cuestiones fundamentales del proceso.

Estas cuestiones —según el artículo 498— se concretan: al hecho o hechos materiales constitutivos del delito, deducidos del auto de proceder, a los distintos elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad, y a las circunstancias que puedan influir en la determinación de la sanción.

Propuestas estas cuestiones conforme al mencionado artículo 498, y aceptadas por los Jueces de hecho, los de derecho las acogen si se conforman a los hechos del proceso, o las desechan como contrarias a la evidencia de los mismos (artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal).

En el caso de Sanclemente, afirmada la ejecución material del hecho, es decir, la relación de causalidad entre el disparo y la muerte, y negados el propósito homicida y el estado de ira a que se refieren las normas segunda y tercera del artículo 498, no podía el Tribunal interpretar aisladamente la ejecución del hecho como propósito o intención de una modalidad especial del homicidio, como el ultraintencional, ya que una cosa es el hecho y otra la intención o el propósito, elementos que no es posible separar sin desnaturalizar la noción jurídica de delito, que es —conjuntamente— hecho y propósito, a menos que se trate de los infractores a que se refieren los artículos 12 (inciso 2º) y 29 del Estatuto Penal.

No propuesta la ultraintención al Jurado, el Tribunal estaba inhibido para estimarla probada, aunque esa estimación se inspirara en el deseo de sancionar un hecho que —de acuerdo con el veredicto— no es sancionable, por falta del elemento "intención" que el Jurado, en ejercicio de su potestad, declaró legalmente inexistente, declaración que tampoco es caprichosa ni arbitraria.

El proceso, en efecto, contiene datos que pudieron haber influído en los Jueces de conciencia para aceptar la afirmación de Sanclemente de que hizo el disparo para atemorizar o detener a Cecilia Marulanda; así, ésta oyó el disparo después de que trancó el portón de la casa de Trinidad Cárdenas, a la cual entró huyendo de Sanclemente; Trinidad Cárdenas oyó un "ay!" que debió ser proferido por la occisa, después de que Cecilia entró a su pieza y trancó la puerta, y Elvia Jaramillo, aunque dice que cuando Cecilia iba a llegar a la puerta, Sanclemente sacó el revólver e hizo un disparo dirigido a Cecilia, explica que ésta ya había entrado a la casa de la señora Trina; no es, pues, irreal e inverosímil que Sanclemente —como lo estimó el Jurado— hubiera disparado su revólver sin intención de dar muerte.

Si la cuestión del homicidio ultraintencional que el Tribunal —interpretando erróneamente el veredicto e invadiendo la órbita de decisión del Jurado— imputó a Jorge Sanclemente, no fue propuesta al Jurado, la sentencia está en claro desacuerdo con el veredicto; y si ello es así —como legalmente lo es— la causal de casación está fundada.

b) *Violación de la ley penal.*

Probada como está la causal tercera, la primera —como lo conceptuó el Procurador Delegado— consecuencialmente resulta también establecida.

El Tribunal, en efecto, aplicó el artículo 365 del Estatuto Penal a un hecho que el Jurado consideró ejecutado sin propósito de causar la muerte; de modo que negado el propósito, es decir, el elemento subjetivo, psicológico, el fallador no podía sancionar un hecho al cual falta el elemento intencional, ni tampoco inhibirse de dictar sentencia en armonía con el veredicto, con tanto mayor razón cuanto que se trataba de un segundo, ya definitivo de acuerdo con la ley.

Hubo, en consecuencia, violación de la ley penal, y —entonces— la causal primera de casación está igualmente fundada.

Pero aquí —aparte de lo expuesto— hay otra cuestión de mucha entidad que los falladores omitieron, y que, al haber sido considerada, habría —quizá— permitido sancionar a Sanclemente y satisfacer así, en forma legal, la inquietud del Tribunal.

En los autos de calificación del sumario muy claramente se estableció que el disparo dirigido contra Cecilia Marulanda lesionó, no a ésta sino a Romelia Sinisterra, dando así al delito, desde un principio, una de las modalidades del artículo 14 del Estatuto Penal; modalidad que no fue propuesta al Jurado y que el Juez y el Tribunal, al declarar contradictorio el primer veredicto, hu-

bieran podido ordenar se incluyera en los nuevos cuestionarios, al tenor de la norma segunda del artículo 498 del Código de Procedimiento Penal.

Propuestos únicamente en relación con la occisa Romelia Sinisterra, con prescindencia absoluta de Cecilia Marulanda —persona ésta contra la cual disparó Jorge Sanclemente, sea con el ánimo de atemorizarla inmediatamente después de la provocación como aquél lo sostuvo reiteradamente en todas las oportunidades del proceso, sea con el ánimo de causarle la muerte o solamente lesiones personales en estado de ira o de intenso dolor— no podía el Jurado desatender el contenido de los nuevos cuestionarios y contestar afirmativamente los referentes al propósito y al estado de ira o intenso dolor, por cuanto Sanclemente —como está acreditado al través de todo el proceso— no tuvo intención de inferir daño alguno a Romelia Sinisterra, como lo aceptaron Juez y Tribunal en los autos de primero y de segundo grado —respectivamente— por los cuales calificaron el sumario.

IV.—EL FALLO.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en un todo de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

a) *Invalidar* —como invalida— la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, de fecha veintiséis de enero de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual condenó a Jorge Sanclemente Marulanda a la pena de cuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio —en la modalidad de ultraintencional— en la persona de Romelia Sinisterra;

b) *Absolver* —como absuelve— al mismo Jorge Sanclemente Marulanda, por el delito a que se refiere el ordinal anterior; y

c) *Ordenar* —como ordena— que sea cancelada la fianza de excarcelación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Ricardo Jordán J., José Antonio Montalvo, Manuel José Salazar, Conjuez.—*Julio E. Argüello R.,* Secretario.

Diferencia entre el veredicto contradictorio y el veredicto contraevidente

I.—Entre el veredicto contradictorio y el veredicto contraevidente hay diferencia integral: el primero, se realiza cuando el Jurado responde afirmativamente dos cuestiones excluyentes entre sí; y el segundo, cuando el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos acreditados en el proceso.

II.—La declaración de veredicto contraevidente es atribución privativa de los falladores de instancia, y no de la Corte, porque tal declaración llevaría a revivir una causal de casación excluída en el Código de Procedimiento Penal vigente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

Luis Felipe Bolívar, representado ante la Corte por el abogado doctor Osías Lozano Quintana, impugna —con fundamento en los numerales 2º y 7º del artículo 567 del Estatuto Procesal Penal— la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, que le impuso la pena de ocho años de presidio como responsable del homicidio intencional en la persona de Nicanor C. Rico, cometido en las primeras horas de la noche del dos de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el sitio de "La Palma", Corregimiento de Holguín, Municipio de "La Victoria", Departamento del Valle.

Sometido el recurso a las normas procesales pertinentes, y con vista en la demanda del recurrente y en el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, la Corte procede a dictar el fallo, previo resumen de los orígenes y modalidades del delito, y de las principales actuaciones del proceso.

—

Luis Felipe Bolívar, joven de excelentes condiciones personales, y Nicanor C. Rico, su amigo, se hallaban con otras personas en la cantina que Abelardo Lemos tenía en el sitio de "La Palma"; Bolívar, quien según algunos testigos, había tomado cerveza en cantidad imprudente, gritó un "viva" a su partido y a su jefe, que Rico respondió con una insinuación para que callara, o con una frase injuriosa o con una agresión a látigo, sin que los testigos coincidan en cuanto a las imputaciones hechas a Rico; Bolívar, en una reacción repentina, agredió a Rico con machete y le causó dos heridas en un brazo y en el estómago, que casi instantáneamente le produjeron la muerte.

Al Jurado le fueron propuestas las siguientes cinco cuestiones, de las cuales contestó afirmativamente las dos primeras y negativamente las restantes:

a) La del hecho material;
b) La del propósito;
c) La de la legítima defensa del honor;
d) La de la riña imprevista por Rico provocada, y
e) La de la ira o intenso dolor.

El Juez, previo análisis de las pruebas y de las tesis del defensor, y fundado en el veredicto, dictó la sentencia condenatoria con aplicación del artículo 362 del Estatuto Penal.

—

El apoderado del recurrente invocó las causales segunda y séptima de casación, es decir, la errada apreciación de los hechos y el veredicto contradictorio, y del análisis de aquéllas concluye que hay una evidente contradicción entre el veredicto y los hechos, y que debe resolverse en la declaración de notoria injusticia y consiguiente convocatoria de nuevo Jurado.

Funda la contradicción —a la cual se llegó, al no apreciar en el valor que tienen, las pruebas— en que los Jueces de hecho negaron el estado de ira e intenso dolor causado por la grave provocación de Rico, y la circunstancia de la riña suscitada de modo imprevisto, que se hallan plenamente acreditadas en el proceso.

Estos temas —advierte la Corte— fueron propuestos por la defensa y ampliamente analizados en el auto de proceder, en la audiencia y en los fallos del Juzgado y del Tribunal, ante quienes el defensor de Bolívar alegó ahincada y persistentemente la injusticia notoria que hoy —en la casación— presenta ante la Corte, y que el señor Procurador estudió para llegar a la conclusión

de que las circunstancias modificadoras defendidas por el recurrente no tienen fundamento en el proceso.

La Corte —desde otro punto de vista— se inhibe de considerar a fondo los temas sugeridos por el doctor Lozano Quintero, por las razones que en seguida se exponen:

a) La injusticia notoria del veredicto, que existía como causal de casación en el antiguo Estatuto Procesal (Ley 118 de 1931), fue —en el vigente— tácitamente excluida, y únicamente atribuida su decisión a los falladores de instancia;

b) La consideración de los hechos no podría tener aquí otra consecuencia, como lo solicita el recurrente, que la declaración de injusticia del veredicto; y

c) La noción del veredicto contradictorio —según el numeral 7º del artículo 567— consiste no en la contradicción con los hechos del proceso, sino en la de las respuestas entre sí.

No prosperan —por lo tanto— las causales indicadas por el recurrente.

—

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, *no invalida* la sentencia recurrida por Luis Felipe Bolívar, a quien representó ante la Corte el abogado doctor Osías Lozano Quintana.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán J., José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

Las circunstancias de mayor peligrosidad en el delito de robo

I.—La mala conducta, referida a condenas judiciales o de policía, no se puede probar mediante testimonios.

II.—Los delitos contra el patrimonio material de los parientes suponen un abuso depositado en el infractor por razón del vínculo que el lesionado considera como una garantía de su derecho, y la confesión, y el testimonio en casos excepcionales, pueden ser prueba suficiente del vínculo.

III.—El tiempo y el lugar del delito sólo juegan en los delitos de robo como elementos modificadores, con repercusión en la pena, y no como circunstancias de mayor peligrosidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Aurelio Merchán, condenado por el Tribunal de San Gil a la pena de cuatro años de presidio —con aplicación de los artículos 37 (numerales 1º, 3º, 4º, 5º, 6º y 8º, y 404 (numeral 1º) del Código Penal— por el delito de robo en bienes de Luis José García y Adela Valderrama de García, impugna la sentencia condenatoria, como violatoria de la ley penal, por estas causas: primera, porque de los hechos de haber estado un momento en casa de aquéllos y de hallarle en su poder cuarenta y ocho pesos, los falladores dedujeron su responsabilidad penal, y segunda, porque le agravaron la pena al aplicarle circunstancias de mayor peligrosidad no acreditadas en el proceso.

Sometido el recurso a las normas procesales pertinentes y obtenido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal —en parte favorable a la solicitud del recurrente— la Sala procede a dictar el fallo respectivo.

Dos cuestiones —como se dijo— planteó el recurrente en su demanda de casación: la de la responsabilidad y la de la peligrosidad, cada una de las cuales requiere estudio separado.

I.—LA RESPONSABILIDAD.

La Sala —de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal— considera que fue Aurelio Merchán, y no otro, quien se apoderó —mediante ruptura del baúl— de la suma de doscientos pesos de propiedad de los esposos García, que guardaban allí, en su casa de habitación, situada en la vereda de "Tamacara", Municipio del Socorro, imputación comprobada así:

a) Con el testimonio de Florentino Contreras, encargado de la vigilancia de la casa por los esposos García mientras éstos fueron aquel día al mercado de Simacota, quien aseveró que Merchán, momentos después de llegar, le encargó traerle unos limones y luégo ir al Puente Vásquez, a encontrar a los García, tiempo durante el cual Merchán quedó solo en la casa;

b) Con los testimonios de Andrés García y Dolores Cuevas, quienes ratifican, en parte, la afirmación de Contreras;

c) Con el hallazgo, en poder de Merchán, de la suma de cuarenta y ocho pesos, que afirmó ser parte de la de sesenta y cinco pesos, recibidos de Pablo Elías Serrano, Andrés Silva y Manuel Hernández, a título de valor de trabajo en sus haciendas;

d) Con los testimonios de Pablo Elías Serrano, Andrés Silva y Manuel Hernández —citados por Merchán— quienes declararon que la suma pagada a éste por concepto de trabajo en sus haciendas fue de doce pesos y no de sesenta y cinco;

e) Con el testimonio del Agente de Policía Isaac Gómez, quien afirmó que Patricio Gómez le dijo que en la noche en que Merchán pernoctó en su casa le había visto en la cartera billetes como por valor de cien pesos; y

f) Con las mismas diligencias de indagatoria, en las cuales Merchán confiesa que en la mañana del delito estuvo en Simacota, de paso para Palmas, que entró a la casa de Luis José García y su esposa, donde estuvo apenas unos pocos momentos mientras tomó guarapo, negando —además— lo aseverado por Contreras y los demás testigos.

II.—LAS CIRCUNSTANCIAS DE PELIGROSIDAD

Si la responsabilidad está comprobada mediante indicios que inequívocamente señalan a

Merchán como autor del robo, no sucede lo mismo con su peligrosidad, y que es el punto que —aunque en forma general— ataca el recurrente.

El Juzgado y el Tribunal situaron el delito en el numeral 1º del artículo 404, y —además— le aplicaron las circunstancias de mayor peligrosidad de los numerales 1º, 3º, 4º, 5º, 6º y 8º del artículo 37, y le fijaron —por estas razones— la pena de cuatro años de presidio, que el señor Procurador Delegado conceptúa debe reducirse al mínimo por cuanto las mencionadas circunstancias no están probadas.

La Sala considera indispensable transcribir las partes pertinentes de las sentencias de primero y segundo grado, como premisas del estudio a que el fallo ha de concretarse.

Dijo el Juzgado:

"Dentro de las circunstancias de mayor peligrosidad que rodean al procesado Aurelio Merchán, tenemos su mala conducta, haber obrado por motivos innobles o fútiles, el hecho de ser el procesado pariente de los damnificados, la preparación ponderada del delito, el tiempo y el lugar en que éste se verificó, los artificios empleados para la consumación del hecho, tales como enviar al cuidandero de la casa a que fuera a traer unos limones y por último la idea sugerida a dicho personaje para que fuera a encontrar a los mercaderes que venían de la vecina población de Simacota, artificios de que se valía Merchán para perpetrar el delito. Es decir, que contra el procesado Aurelio Merchán, obran las circunstancias de mayor peligrosidad consagradas en los ordinales 1º, 3º, 4º, 5º, 6º y 8º de que trata el artículo 37 del Código de las Penas. Adviértese —termina el Juez— que como circunstancias de menor peligrosidad sólo milita en su favor la falta de ilustración de que nos habla el ordinal 11º del artículo 38 del Código referido."

El Tribunal, al confirmar la sentencia del Juzgado, se limitó a acoger las tesis del Juzgado, en los términos generales que en seguida se transcriben:

"Las circunstancias de mayor peligrosidad anotadas por el Juzgado *a quo* tienen amplio respaldo en los autos, y por esto, el funcionario sentenciador hizo uso del amplio campo que la ley le otorga para la aplicación de la pena, dentro del máximo y del mínimo señalados en la respectiva disposición penal."

Transcritas las partes de las sentencias sobre la cuestión planteada por el recurrente, la Corte procede a su estudio.

a) *La mala conducta.*

La mala conducta se caracteriza por la frecuente comisión de actos contrarios a las normas jurídicas, morales y sociales, capaces de revelar una personalidad inadaptada a las condiciones normales de vida.

El proceso no sugiere la convicción de la mala conducta atribuída al recurrente; en efecto, las afirmaciones de Adela Valderrama de García (perjudicada con el delito), de Juanita y Marcos Rodríguez sobre la habitualidad de Merchán como vago y ratero no tienen comprobación legal; la imputación de haberle robado a Jacinto Gómez una valija con dinero y joyas, es apenas —como Gómez lo confirmó ante el funcionario instructor— una suposición que los testigos recogieron del declarante, y en cuanto al homicidio en Juan Valbuena, de que otros testigos señalaron a Merchán como autor, sólo fue una conjetura que el Alcalde de San Vicente desmintió categóricamente.

La mala conducta atribuída al recurrente por los falladores de instancia y que penalmente está comprendida en los numerales 1º y 2º (artículo 37) del Estatuto Penal —antecedentes de depravación y libertinaje y condenas anteriores judiciales y de policía— no fue aquí acreditada en modo alguno y, como lo anota el Procurador Delegado, el funcionario instructor omitió verificar la evidencia de los testimonios en los cuales se hizo referencia a la inclinación delictuosa de Merchán, así como la investigación acerca de la personalidad y antecedentes del procesado, que ordena el artículo 294 (numerales 6º y 7º) del Código de Procedimiento Penal.

b) *Los motivos innobles o fútiles.*

En cuanto a los motivos por los cuales obró el recurrente —clasificables entre lo innoble o lo fútil— el proceso no revela cuál o cuáles hayan podido llevarlo a apoderarse del dinero de los García, y ni el Juez ni el Tribunal explican las razones que los indujeron a afirmar de modo tan concreto su existencia.

c) *El parentesco.*

Las cuestiones que aquí deben decidirse son las siguientes: si el vínculo civil está suficientemente probado, y si dicho vínculo —en el grado existente entre Merchán y Adela Valderrama— impone los deberes especiales de cuya violación pueda deducirse peligrosidad.

El parentesco entre Merchán y Adela Valderrama —evidentemente— no está acreditado en el proceso de acuerdo con las normas especiales del Derecho Civil, es decir, con los certificados notariales o eclesiásticos, o con los que, a falta de éstos, autoriza tal Derecho. Pero Adela Valderrama de García afirma en el denuncio que Aurelio Merchán es su tío, y Merchán, en sus indagatorias, ratificó la aseveración de la sobrina, denunciante; además, Florentino Con-

treras, el vigilante o cuidandero de la casa de los García en "Tamacara", explicó que atendió a Merchán cuando allí llegó y le dio guarapo porque lo conocía desde niño y sabía que era el tío de la dueña de casa; análogas afirmaciones hicieron Juanita Rodríguez, Delfina y Helena Valderrama, también parientes de Merchán y Adela, Dolores Cuevas y otros testigos que conocían al recurrente desde niño en su condición civil de tío de la perjudicada Adela Valderrama de García.

La Corte —en los negocios en que se le ha planteado idéntico problema— ha sentado la doctrina de que, en materia penal, y especialmente en casos como éste, la prueba testimonial es suficiente para fundar la existencia del vínculo, aunque no se haya obtenido la prueba especial que las normas civiles determinan y requieren, doctrina que hoy ratifica en relación con el vínculo de consanguinidad que liga a perjudicada y procesado.

La otra cuestión es si este vínculo —de tío y sobrina— comprende los deberes especiales a que se contrae el numeral 4º del artículo 37 del Código Penal.

Esta norma, al establecer la violación de los deberes especiales del parentesco como circunstancia de mayor peligrosidad, no fija excepción alguna relativa al grado de parentesco entre victimario y víctima, por cuanto la comunidad de origen y de sangre presupone obligaciones que miran a la constitución moral de la familia, protegida por las normas del Derecho Civil y también del Derecho Penal.

Los delitos contra el patrimonio material de los parientes —como es el caso de Merchán— suponen un abuso de la confianza depositada en el infractor por razón del vínculo que el lesionado considera como una garantía de su derecho, como lo prueba aquí el hecho de que el guardián de la casa de los García no creyó necesario dejarlo solo para obedecerle la insinuación o la orden de viajar al Puente Vásquez a encontrarlos, sin presumir que se aprovecharía de esa confianza para apoderarse del dinero de Adela, su legítima sobrina; y todos los expositores de Derecho Penal coinciden en que el delito, cometido con violación de los deberes familiares, es sintomático de peligrosidad.

El Tribunal, en consecuencia, no violó la ley penal al aplicar a Merchán la circunstancia del numeral 4º del artículo 37.

d) *La preparación ponderada del delito.*

No hay en este proceso dato alguno que afirme esta circunstancia. La preparación ponderada, es decir, la resolución previa fundada en el conocimiento de la existencia del dinero y del mueble en donde estaba guardado, la adquisición de los elementos indispensables para la ejecución del delito, el estudio y escogencia de los más aptos, la fijación de la hora y día oportunos en relación con la posibilidad de ausencia de los dueños de casa, y los otros medios análogos y adecuados al cumplimiento del designio de apoderarse de sus bienes, no tienen aquí comprobación alguna.

Sería clara la circunstancia anotada si existiera la prueba de que Merchán sabía que los García tenían dinero en el baúl de su casa, de que hubiera estado aguardando que ellos se ausentaran, de que —al encontrarlos en Simacota— hubiera viajado inmediatamente a realizar su propósito delictuoso anteriormente concebido y decidido, y puesto en práctica los medios escogidos, aprovechándose de la oportunidad prevista y esperada; pero —según se deduce del proceso— aquel día Merchán pasó por Simacota y Tamacara en viaje de San Vicente, donde trabajaba en tierras de los testigos Serrano, Silva y Hernández, a Oiba donde parece vivía su familia.

e) *El tiempo y el lugar del delito.*

El factor tiempo —que se refiere a la circunstancia de haberse cometido el delito de día o de noche— sólo juega en los delitos de hurto o robo como elemento modificador, con repercusión en la cuantía de la pena; así, el robo cometido de noche, se sanciona de acuerdo con los artículos 398 (numeral 4º) y 403 del Código Penal, pero cometido de día, la agravante no es aplicable.

Cuestión distinta es el lugar de la ejecución, y que el Tribunal —al situar con acierto la infracción de Merchán en el numeral 1º del artículo 404— lo tuvo en cuenta como elemento modificador, consideración que lo inhibía para considerarlo como circunstancia de peligrosidad, en virtud del artículo 37 (inciso 1º) del Código mencionado.

f) *Los artificios en la ejecución del delito.*

El Tribunal dio el carácter de artificios a las actividades desarrolladas por Merchán para alejar la vigilancia de Contreras, así:

"Los artificios —dice— empleados para la consumación del hecho, tales como enviar al cuidandero de la casa a que fuera a traer unos limones y por último la idea sugerida a dicho personaje para que fuera a encontrar a los mercaderes que venían de la vecina población de Simacota, artificios de que se valió Merchán para perpetrar el delito.

"No es necesario analizar —conceptúa el Procurador Delegado— cómo no concurre esta cir-

cunstancia, pues su sola enunciación repugna a la evidencia jurídica. La insidia es asechanza, en su sentido lato. El artificio es un medio fraudulento para distraer la atención de la víctima y poder ejecutar el delito. No aparece aquí esa actividad de expectativa que la asechanza denota. Ni menos la maquinación artificiosa para procurarse un camino fácil en la ejecución del reato."

El Tribunal —observa la Corte— sí explicó en qué consistía el artificio usado por Merchán; éste no lo usó —precisamente— para distraer la atención de la víctima, pero sí la de la persona a quien aquélla encomendó —durante su ausencia— el cuidado de su casa y de sus bienes, y el hecho de que la víctima del fraude o engaño hubiera sido Contreras y no Adela Valderrama, no quita al acto de Merchán el carácter de artificio.

Esta circunstancia —por lo tanto— está probada y —en consecuencia— recta y legalmente se aplicó la ley penal.

III.—DECISION DEL RECURSO

De las anteriores consideraciones se concluye lo siguiente:

a) Que no están comprobadas las circunstancias de peligrosidad de los numerales 1º, 3º y 5º del artículo 37;

b) Que no podía tenerse en cuenta la del numeral 6º por cuanto es —a la vez— elemento del delito (numeral 1º del artículo 404), y en esta norma, precisamente, situó el Tribunal el delito imputado a Merchán; y

c) Que están acreditadas en el proceso las circunstancias de los numerales 4º y 8º del mencionado artículo 37, y también las de los numerales 1º y 11 del artículo 38.

Probadas como fueron dos circunstancias de mayor peligrosidad (numerales 4º y 8º del artículo 37) y dos de menor peligrosidad (numerales 1º y 11º del artículo 38), así como también la de que los perjudicados por el delito son gente campesina y pobre, para quienes la pérdida de una suma, en la cuantía de la robada, acarrea un grave perjuicio, la Corte considera que si la pena imponible —según el artículo 404— es de tres a catorce años de presidio, es justa y equitativa la de cuatro años que impuso el Tribunal, en consideración a la peligrosidad del recurrente, a la gravedad del delito y a los perjuicios causados.

Se observa —finalmente— que el Tribunal, con respaldo en el artículo 25 de la Ley 4ª de 1943, se abstuvo de condenar a Merchán para la reparación de los perjuicios causados por el delito, por cuanto —dice— no hay fundamento para ordenar su pago, concepto que la Corte no acoge, ya que la omisión del deber de las partes —especialmente del Ministerio Público— prescrito por los artículos 93 del Código Penal y 25 de la mencionada Ley, no puede inhibir a los falladores de condenar al pago de perjuicios, al menos en abstracto, en cumplimiento del mandato del artículo 92 del Código Penal, norma que —por su carácter de material y sustantiva— tiene preeminencia sobre la del artículo 25 de la Ley 4ª citada.

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:

No invalidar —como no invalida— la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del diez y ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, por la cual condenó a Aurelio Merchán, a la pena principal de cuatro años de presidio por el delito de robo en bienes de Luis José García y Adela Valderrama de García, cometido en la casa de éstos, situada en la fracción de "Tamacara", Municipio del Socorro, el veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo.—Julio E. Argüello R., Secretario.



El impulso homicida del intoxicado alcohólico accidental. Criterio de aplicación de la sanción

I.—Las formas específicas de agresión y de violencia provenientes de la embriaguez ocasional no constituyen motivos innobles o fútiles.

II.—El criterio de aplicación de la sanción no comprende únicamente las circunstancias de peligrosidad, sino también la gravedad y modalidades del delito, su motivo determinante y la personalidad del infractor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Carmelo Palacio recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que lo condenó —con aplicación de los artículos 37 (numerales 3º, 4º y 7º) y 362 del Código Penal— a la pena de diez años de presidio como responsable de homicidio intencional en la persona de su hermano político Benjamín Reyes, cometido en las últimas horas de la tarde del primero de diciembre de 1940, en el punto "Casa de Teja", Corregimiento "Las Mercedes", Municipio de Convención, Departamento Norte de Santander.

Invocó el recurrente las causales primera y segunda del artículo 567 del Código Penal, y aunque manifestó abstenerse de fundar la última de las invocadas, las objeciones a la sentencia —en gran parte— se dirigen a criticar la apreciación de las pruebas, que es materia propia de la causal segunda, aquí inaplicable en virtud de doctrina ya adoptada por la Corte, con salvamento de voto del Magistrado doctor Montalvo.

Tramitado el recurso en la forma legal, y obtenido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, parcialmente favorable a la demanda, se procede a dictar el fallo que ha de resolverlo, previa síntesis de los hechos y de las actuaciones judiciales que culminaron en la sentencia recurrida.

I.—EL DELITO, EL JUICIO Y LA SENTENCIA.

Los hechos —según los testimonios de las personas que se hallaban con Benjamín Reyes cuando Carmelo Palacio le dio muerte— sucedieron con las circunstancias, origen y modalidades que aquí se resumen.

La tarde del primero de diciembre de mil novecientos cuarenta, Juan Palacio, Luis Palacio, Rogelio Soto, Ramón Soto, Benjamín Reyes y otros, se hallaban en la casa de Marino Soto, cuando, en estado de embriaguez y en actitud de reto, llegó Carmelo Palacio.

Al entrar —y dirigiéndose a los concurrentes— preguntó si allí no había un hombre que se le calentara para que lo conociera a él —Carmelo— por las armas, y sin esperar respuesta le dio a Reyes un golpe de mano por el pecho; Benjamín, a su vez, le preguntó por qué procedía así, y como Carmelo le contestara que por hombre, Benjamín le dijo que él también era hombre.

Inmediatamente Carmelo le lanzó a Reyes un machetazo, del cual éste se defendió con arma análoga, y como no lograra herirlo, le asestó otro, del que Reyes otra vez logró salvarse en la misma forma; ante el peligro de que se repitieran las agresiones, Luis Palacio cogió a su hermano Carmelo y lo desarmó, a la vez que Ramón Soto aprehendió a Reyes por los brazos; pero cuando Carmelo se vio desarmado se libertó rápidamente de Luis, y armado de un cuchillo que sacó, se abalanzó sobre Reyes, y sin que nadie pudiera evitarlo por lo súbito del movimiento, le clavó el arma en el lado izquierdo del tórax y le perforó el pericardio y el ventrículo izquierdo del corazón, lesiones que —al producir una grave hemorragia interna— le causaron la muerte en pocos instantes.

Abierto juicio criminal contra Carmelo Palacio, y acreditados —en el término de prueba— sus ejemplares antecedentes de trabajo y buena conducta, el Juez propuso al Jurado las dos únicas cuestiones que, conforme al auto de proceder, debían ser resueltas —la ejecución material del hecho y la del propósito— que fueron contestadas unánime y afirmativamente, no obstan-

te la actuación del defensor quien, en forma explícita, alegó la circunstancia de la riña dentro de la cual Palacio dio muerte a Reyes, como en las instancias había alegado la embriaguez del homicida.

El Tribunal —de acuerdo con el Juzgado— le aplicó el artículo 362 del Código Penal y le impuso la pena de diez años de presidio, en atención a las circunstancias de los numerales 3º, 4º y 7º del artículo 37 del mismo Código.

II.—DECISION DEL RECURSO

Aceptada por el Jurado la responsabilidad del recurrente por homicidio intencional, rechazada la insinuación del defensor sobre la circunstancia de la riña, y absolutamente infundadas las hipótesis de la legítima defensa y de la parcialidad de los testigos sugeridas por el homicida, tanto en su indagatoria como en los interrogatorios a que fue sometido en el juicio (artículos 452 y 548 del Código de Procedimiento Penal), el estudio del recurso se limita a las circunstancias de mayor peligrosidad que el Tribunal tuvo en cuenta para aumentarle la pena, esto es, al de la causal primera invocada.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en un serio análisis de las circunstancias de peligrosidad imputadas a Palacio, en relación con su personalidad, tal como se relieva en el proceso, y con las tesis científicas de Lizst y Ferri, llega a la conclusión de que ni los motivos innobles o fútiles, ni los deberes especiales del parentesco entre víctima y victimario pueden aceptarse, y de que —en consecuencia— sólo queda en toda su firmeza el estado de indefensión o inferioridad en que Reyes —sujetado por Soto— se hallaba cuando Palacio le infirió la herida mortal.

Separadamente estudia la Corte las mencionadas circunstancias, cuya aplicación —según el recurrente— constituye la indebida aplicación, y por lo tanto, violación de la ley penal.

a) *Los motivos innobles o fútiles.*

El Tribunal —al confirmar el fallo del Juzgado— implícitamente acogió la tesis de la existencia de motivos innobles o fútiles, según la cual éstos se configuran con el deseo expresado por Palacio al entrar en estado de embriaguez a casa de los Soto de demostrar, ante quien le aceptara el reto, su valor personal y su destreza en las armas.

Los falladores —se ve— tomaron la actitud desafiante y fanfarrona de Palacio independientemente de la excitación alcohólica, sin considerar que aquélla no es sino una de las naturales tendencias o manifestaciones del ebrio ocasional, y que éstas —en algunos casos y concretamente en éste— se exteriorizan en formas específicas de agresión y de violencia, sin que tales tendencias o manifestaciones constituyan el motivo o le den carácter de fútil o de innoble.

El proceso contra Palacio, por causa de deficiencia en la investigación —como lo anota el señor Procurador Delegado— no contiene dato alguno que precise el móvil del delito ni menos que el procesado tenga determinados caracteres de peligrosidad; y, antes bien, sus antecedentes lo presentan como individuo normal, pacífico, buen miembro de familia y de hábitos de disciplina y de trabajo.

La embriaguez —en este caso— de carácter voluntario, constituye una circunstancia de menor peligrosidad, de acuerdo con el numeral 5º del artículo 38; no es posible —por esto— aceptar que sus manifestaciones se confundan con el móvil.

En todo caso, el motivo fútil o innoble que los falladores atribuyeron al delito de Palacio, no se deduce de los elementos del proceso y, por lo tanto, menos puede considerarse como circunstancia de mayor peligrosidad.

b) *Los deberes especiales de parentesco.*

Distinta es la cuestión relativa a los deberes especiales que las relaciones de parentesco impongan al delincuente respecto del occiso, y en cuya apreciación la Corte no está de acuerdo con el señor Procurador Delegado.

Petronia Palacio, esposa de Benjamín Reyes —la víctima— es hermana del procesado Palacio; el funcionario instructor —es cierto— omitió allegar la prueba civil principal del vínculo, pero aquélla, lo mismo que todos los testigos, habitantes de la misma fracción donde residían Carmelo y su esposa, afirmaron la existencia de tal vínculo; y como la Corte lo ha sostenido en todas las oportunidades en que se ha planteado análogo problema, en materia penal la prueba del parentesco no está sujeta al rigorismo exigible en materia civil.

El nexo de afinidad entre Palacio y Reyes —aquí comprobado— imponía al primero deberes especiales, entre ellos el del respeto a la vida de su hermano político, y a cuya violación la ley penal da el carácter de circunstancia de mayor peligrosidad.

c) *La indefensión y la inferioridad.*

La circunstancia del numeral 7º del artículo 37 también está, con toda la plenitud legal, acreditada en el proceso. Según las afirmaciones de los testigos presenciales, Luis Palacio había sujetado a su hermano Carmelo, y Marino Soto a Benjamín Reyes, para que la contienda entre ellos surgida no se agravara; pero Carmelo —en un

esfuerzo repentino— se libertó de su hermano Luis Palacio y se lanzó sobre Reyes, quien —por la acción de Soto— se hallaba en condiciones muy claramente desfavorables de inferioridad e indefensión ante su agresor; y mayor fuerza adquieren tales condiciones si se recuerda que antes de la intervención conciliadora de Luis Palacio y Ramón Soto, Reyes —libre como estaba— pudo defenderse de la primera e inmotivada agresión de Carmelo.

III.—EL FALLO.

Aparecen comprobadas —por lo expuesto— las circunstancias de los numerales 4º y 7º del artículo 37, y 1ª y 5ª del artículo 38 del Código Penal, realidad que impide sancionar el delito de Palacio con el mínimun de pena de la norma violada, y aún más, reducir la impuesta por el Tribunal, por las razones que en seguida se expresan.

No todas las circunstancias de mayor peligrosidad tienen el mismo valor, pues hay unas —como la relativa a la indefensión e inferioridad, por ejemplo— que exigen un aumento de pena que otras no justifican y que —en determinadas condiciones— podría configurar el asesinato al tenor del numeral 5º del artículo 363 del estatuto penal.

Desde este punto de vista, la ley penal fue rectamente aplicada al imponer al recurrente diez años de presidio; y no podría la Corte objetar la decisión del Tribunal —que fijó y consideró equitativa tal pena— en consideración a la facultad discrecional que al fallador de instancia otorga el artículo 36, de aplicar la sanción, no únicamente en relación a las circunstancias de mayor peligrosidad, sino también a la gravedad y modalidades del delito, a los motivos determinantes —que aquí no aparecen— y a la personalidad del agente, a la cual da relieve la actitud insólita en que se presentó —desafiante y agresivo— a casa de los Soto.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, del veintiséis de marzo del presente año, por la cual condenó a Carmelo Palacio a la pena principal de diez años de presidio, por el delito de homicidio en su hermano político Benjamín Reyes, cometido en las últimas horas de la tarde del 1º de diciembre de 1940, en el punto "Casa de Teja", Corregimiento de "Las Mercedes", Municipio de Convención, Departamento Norte de Santander.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

La declaración del veredicto contradictorio no es función de la Corte. Condiciones de la demanda de casación

I.—Es a los Jueces y Tribunales a quienes atribuye la ley, y no a la Corte, la declaración relativa a la contradicción del veredicto con la evidencia de los hechos, ya que lo contrario sería aplicar la segunda causal de casación a los juicios por jurado y convertir este recurso extraordinario en una tercera instancia, lo que es opuesto a la técnica de casación.

II.—La demanda de casación en que se invoca la causal primera, requiere se determine con precisión cuál fue la norma indebidamente aplicada o erróneamente interpretada, y además, se funde jurídicamente la causal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, noviembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

Julio Ardila Velasco impugna la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, que le impuso la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio intencional en la persona de Serafín Ariza, cometido en la tarde del seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el Municipio de Puente Nacional, Departamento de Santander.

El recurrente invocó las causales primera y segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y aunque el escrito dirigido a la Corte no tiene los requisitos especiales de una demanda de casación —lo que rigurosamente podría justificar una declaración de recurso desierto— se procede a analizar las razones de Ardila en su escrito mencionado, previo resumen del hecho y de sus modalidades y también de las partes del proceso relativas a la situación del procesado.

I.—RESUMEN DE LOS HECHOS Y DEL PROCESO

El Tribunal Superior relata los hechos en la forma siguiente:

"De las deficientes piezas procesales se deduce que el día del acontecimiento, en el punto indicado, Julio Ardila Velasco se encontró con Bárbara Ariza en el camino público y cuando se proponía poseerla carnalmente, haciendo en un principio uso de la fuerza, llegó Carmen Pinzón, madre de Bárbara, y reprochó a Ardila su proceder; éste inmediatamente le dio a Carmen un empujón y a continuación, con un lazo que llevaba consigo, le dio un golpe que la derribó a tierra; Carmen pidió auxilio a su esposo Serafín Ariza, quien se hallaba en el rancho en que habitaba con su familia, a una cuadra de distancia aproximadamente, por lo cual Ariza, como era su deber, acudió presuroso al sitio donde había sido llamado y después de llamarle la atención a Ardila, le asestó a éste un planazo con una peinilla y se proponía seguramente hacerlo de nuevo para castigar la ofensa de que habían sido víctimas su esposa y su hija. En estos momentos Julio Ardila Velasco hizo un disparo de revólver dirigido a Serafín Ariza, con el cual le causó la muerte instantánea."

A los cuestionarios que formuló el Juez sobre el hecho material y el propósito, de acuerdo con el auto de proceder, el defensor pidió se añadieran los referentes a la legítima defensa y al estado de ira o intenso dolor, petición que fue aceptada.

No obstante ello, tales cuestionarios —seguramente porque cuando se celebró la audiencia ya regía la Ley 4ª de 1943— fueron sustituídos por uno solo y general, sin que haya constancia procesal alguna que explique si tal determinación se debió a solicitud del procesado, del defensor o del Fiscal.

La cuestión única propuesta al Jurado fue contestada afirmativamente por tres de sus miembros sin adición alguna, y por los restantes con la de la legítima defensa; fundado en este veredicto el Juez condenó a Ardila Velasco a la pena de ocho años de presidio —con aplicación del artículo 362— condena que el Tribunal confirmó, sin que el recurso contra la sentencia se hubiera sustentado, con la reforma de absolver al procesado del pago de la multa en favor del Tesoro Nacional que el Juez le impuso en virtud del artículo 94 del Código Penal.

II.—LA DEMANDA DE CASACION

El recurrente, después de resumir los hechos, aunque omitiendo detalles importantes que reveló en su indagatoria, tales como el referente al acto carnal con la hija del occiso, dice lo siguiente en su escrito ante la Corte:

"El señor Juez conocedor de la causa como el Honorable Tribunal no han tenido en cuenta que las declaraciones que aparecen en el expediente y que aseguran lo contrario a la evidencia de los hechos que relato, son la esposa e hijos legítimos del occiso Serafín Ariza, y por tanto tienen interés en faltar a la verdad, y no deben ser declarados con valor de apreciación, y como ya dije, no se han tenido en cuenta las normas establecidas por el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

"La falta de apreciación de los hechos —dice más adelante— es la que me ha llevado hasta el extremo de hacerme acreedor a la pena de ocho años de presidio, sin tener en cuenta que se trata de un homicidio en legítima defensa.

"Por las razones expuestas —termina— y abrumado por el peso de una pena inmerecida, tengo el honor de dirigirme ante esa Superioridad por medio del presente, suplicando de manera encarecida os sirváis proceder de conformidad con las causales primera y segunda del artículo 567 de la obra tántas veces citada e invalidando el fallo dictéis el que deba reemplazarlo teniendo siempre en cuenta que se trata de un homicidio en legítima defensa y no simplemente voluntario como hasta ahora se me ha calificado."

El señor Procurador Delegado en lo Penal, después de hacer breve referencia al proceso y a la petición de Ardila Velasco, se expresa en la forma siguiente:

"En lo que dice el recurrente, tocante a la falsa apreciación de los hechos, es muy poco lo que puede contestarse. No puntualiza cuáles son los hechos mal interpretados. Tal vez se refiera a que la causal de justificación por legítima defensa no fue reconocida por el juzgador, habiendo base para ello en los autos. Pero este concepto es exagerado. No hay diligencias dentro del juicio que permitan calificar de manera distinta la actividad de Ardila Velasco.

"Por lo que brevemente se ha expuesto —termina el señor Procurador— la Procuraduría conceptúa que no existen las causales primera y segunda que se han invocado."

III.—DECISION DEL RECURSO

No tiene la Corte —como se deduce de los resúmenes hechos— materia concreta que le permita entrar en el estudio de las tesis planteadas por el recurrente en forma tan general e imprecisa, lo que tampoco obsta para que haga algunas consideraciones relativas a las exigencias técnicas de la demanda y al tema en ella propuesto.

La causal primera —violación de la ley penal por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma— exige se determine con precisión cuál fue la norma que se interpretó o aplicó errónea o indebidamente, en su caso, lo que no cumplió aquí en forma alguna el recurrente, pues la referencia que hace al artículo 224 del Código de Procedimiento Penal —como norma no atendida por los falladores— es improcedente, por cuanto se trata de punto cuya decisión sólo tiene cabida en las instancias, y es de libre apreciación del Jurado.

La causal segunda —según doctrina de la mayoría de la Sala— es inaplicable en negocios en que el Jurado ha intervenido, ya que al prosperar conduciría a la declaración de notoria injusticia del veredicto, causal de casación esta tácitamente excluída en el nuevo estatuto procesal penal.

En cuanto al tema de la legítima defensa, la Corte observa que fue analizado en el auto de proceder de primer grado —auto que procesado y defensor consintieron—, debatido ampliamente en la audiencia pública, nuevamente analizado en la sentencia del Juez, la que —aunque apelada— ninguno de los interesados se preocupó de objetar al tiempo del recurso.

El Tribunal reproduce en su sentencia el siguiente análisis sobre la legítima defensa, hecho en el auto de proceder y en la sentencia del Juez sin modificación alguna:

"Así las cosas, parece a primera vista que se tratara del caso de legítima defensa contemplado por el ordinal 3º del artículo 25 del Código Penal, pero en realidad no puede catalogarse allí el acto ejecutado por Ardila. Y no puede ser situado en esa casilla del Código, porque en los hechos falta un elemento que es esencial para aceptar que existe la legítima defensa y sin el cual queda destruída en absoluto tal hipótesis: la injusticia de la agresión. Falta este requisito en el caso de autos, porque no es posible aceptar que Ariza fuera injusto al atacar a Ardila, ya que lo hizo después de que éste había preten-

dido ultrajar a una de sus hijas y después de que le había pegado a su esposa. La reacción de Ariza contra Ardila no tenía nada de antisocial; era completamente justa y, por lo mismo, el acusado no puede alegar a su favor la injusticia de la agresión de que fue objeto, cayendo entonces por tierra la presunta legítima defensa. Por la misma ausencia del requisito de la injusticia de la agresión, no puede ser catalogado el homicidio en ninguno de los casos contemplados por el artículo 28."

Aceptada esta tesis por la mayoría del Jurado, no obstante el esfuerzo desarrollado por el defensor en la audiencia, la Corte no tiene hoy la facultad —que antes tenía— de desechar el veredicto por causa de evidente contradicción con los hechos acreditados en el proceso, y que es lo que, en el fondo, persigue el recurrente, ya que ello es hoy atributo exclusivo de los falladores de instancia; pero si tal facultad existiera aún, los datos del proceso no justificarían su uso en este caso, comprobada como está la inexistencia de la hipótesis de la legítima defensa que el recurrente propuso como base única de las causales alegadas.

—

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 la solicitud del señor Procurador Delegado en lo Penal, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del once de diciembre del año pasado, por la cual condenó a Julio Ardila Velasco a la pena principal de ocho años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Serafín Ariza, cometido en el sitio y día referidos en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno, Cœmpo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán Jiménez, José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello, Secretario.

La Corte no puede reconocer circunstancias modificadoras no declaradas por el Jurado

I.—El desconocimiento, en el veredicto y en la sentencia, de circunstancias modificadoras, tales como el estado de ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación, no implica disconformidad entre la sentencia y el veredicto.

II.—No es equitativo aplicar el mínimo de la pena del artículo 363 cuando el homicida cometió su delito con varias y de las más graves circunstancias de asesinato (en un hermano, con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, tales como la insidia, la asechanza y la alevosía).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diciembre cuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno).

VISTOS:

Antonio José Soto recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del diez y nueve de mayo del presente año por la cual —con aplicación del artículo 363 del Código Penal— fue condenado a la pena de quince años de presidio, por el delito de homicidio en su hermano legítimo Emilio Soto, cometido en las horas de la tarde del quince de enero del año pasado, en el Corregimiento de "Castilla", Municipio de Pácora, Departamento de Caldas.

Ordenado el traslado, tanto al recurrente como al señor Procurador Delegado en lo Penal —que ambos oportunamente contestaron— la Corte, por medio de este fallo, decide el recurso, previa síntesis del hecho, de sus orígenes y modalidades, así como también de los principales actos procesales que culminaron en la sentencia recurrida.

I.—RESUMEN DE LOS HECHOS

Varios días antes del delito, Antonio José Soto permaneció algún tiempo en casa de Emilio Soto, su hermano, quien vivía con su esposa Rosa Elena Muñoz, en el punto llamado "San Francisco", de los ya mencionados Corregimiento y Municipio; parece —según declaran aquélla, el recurrente y el ofendido —que Emilio comenzó a sentir celos de su hermano, estado que lo llevó a despedirlo de su casa y prohibirle su regreso a ella y, además, creó entre ellos un mutuo resentimiento muy explicable.

Antonio José afirma que un día Emilio lo atacó a piedra en un potrero, y desde entonces —declaran algunos testigos a quienes el primero manifestó su propósito delictuoso— Antonio José resolvió eliminar al hermano. El día quince de enero, aquél lo vio pasar, en las horas de la mañana o del medio día, y armándose de una escopeta y ocultándose a la vera del camino por donde Emilio debía regresar le disparó; Emilio, que venía a caballo, cayó a tierra, y murió a consecuencia de las heridas causadas con balines que le hicieron estragos en sus vísceras, no sin que antes hubiera alcanzado a narrar ante el funcionario instructor el modo como había sido agredido, y señalado a su hermano Antonio José como el autor del delito.

Iniciada la investigación y abierta causa criminal contra el recurrente, el Jurado contestó afirmativamente, sin adición alguna, el cuestionario único que el Juez le propuso y según el cual lo declaró responsable de la muerte de Emilio Soto, su hermano, con las circunstancias de la "premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, etc."

El Juzgado y el Tribunal —previa afirmación de la concordancia entre el veredicto y los hechos acreditados en el proceso— impusieron a Soto, con un criterio de benignidad, el mínimo de la pena fijada por el artículo 363 del Código Penal, pena que el señor Procurador Delegado, en consideración al veredicto, calificó de "muy baja".

II.—LA DEMANDA DE CASACION.

El recurrente expone y funda su recurso en la forma que sigue:

"Se me aplicó el artículo 363 del Código Penal, en su numeral primero, y como dicha pena la considero muy alta, es el móvil por el cual interpuse el recurso de casación, porque dicha sentencia es violatoria de la ley penal, puesto que hubo indebida aplicación de la misma, y en estas condiciones creo estar amparado por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"Las razones para fundamentar mi alegato ante esa alta entidad son las siguientes:

"Primero. Los deponentes en la causa, señores Ramón Agudelo, Bernardo Grajales y otros, narran los hechos y circunstancias y dan la clave precisa de que yo fui agredido por el occiso. Otros testigos que se observan a través del proceso dan la clave de que el occiso tenía prevención contra mí, como lo dicen las promesas hechas por él para matarme.

"Segundo. El veredicto del Jurado no está viciado de injusticia notoria, puesto que los señores Jueces de conciencia me declararon responsable pero por grave e injusta provocación causada por el occiso.

"Tercero. De acuerdo con lo establecido como cierto, tanto el señor Juez de la primera instancia como el honorable Tribunal, debían de haber impuesto la pena dentro de las normas establecidas en el articulado del Código Penal, con especialidad en el 28, que reza: 'Cuando se comete el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo señalados para la infracción'.

"A mí se me consideró violador del artículo 363 del Código Penal, pero al aplicárseme la pena se echó por calle los atenuantes para la graduación, de conformidad con el artículo 28 ibídem.

"Por las razones expuestas, es por lo que yo, Antonio José Soto, de las condiciones civiles ya expresadas, a usted, y por su conducto a la Honorable Corte Suprema de Justicia (pido) invalide la sentencia recurrida y se me rebaje la pena de acuerdo con la disposición invocada."

El Procurador Delegado en lo Penal, en la contestación a la demanda, se opone a la invalidación de la sentencia, previa afirmación —deducida del estudio del proceso— de que la ley penal fue correctamente interpretada.

III.—DECISION DEL RECURSO.

El recurrente —como claramente se deduce de su escrito presentado ante la Corte— objetá la sentencia porque, al imponérsele la pena, no se tuvo en cuenta la grave e injusta provocación que —según él— fue declarada por el Jurado y, en consecuencia, no se le disminuyó la pena en la forma prescrita por el artículo 28 del Código Penal; es decir, que la sentencia no está de acuerdo con el veredicto del Jurado, cuestión ésta propia de la causal tercera de casación, y no de la primera, como equivocadamente fue alegada por Soto en la demanda.

No es cierto —como éste tan categóricamente lo afirma— que el Jurado lo haya declarado responsable "pero por grave e injusta provocación causada por el occiso", pues los Jueces de hecho respondieron unánime y afirmativamente sin adición ni referencia alguna a la mencionada circunstancia, y cuando ya —por la vigencia de la Ley 4ª de 1943— habrían podido reconocerla si el proceso les hubiera dado algún fundamento o certidumbre.

El desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, que el recurrente planteó ante la Corte, no tiene aquí, como se deduce del contexto y letra del veredicto, ningún fundamento.

No podía el Jurado —además— adicionar el veredicto, por las razones que en seguida se exponen, tomadas del proceso.

Antonio José, en su segunda indagatoria, confesó su delito, y añadió que como Emilio había prometido darle muerte, al encontrarse aquel día y darse cuenta de que ya iba a dispararle, resolvió atacarlo antes de ser muerto, afirmación aquella desmentida por los mismos testigos citados por el procesado; y quienes presenciaron la agresión de Antonio José no vieron que Emilio realizara acto alguno que pudiera constituir peligro para su vida; opuestamente a lo dicho por Antonio José, varios testigos lo vieron antes del ataque, primero dirigirse por entre las sementeras hacia el sitio donde se ocultó para disparar la escopeta contra Emilio, y hecho el disparo, alejarse con el arma en la mano; aún más: la diligencia de inspección ocular practicada en el sitio del delito comprobó que Emilio no pudo haber visto a Antonio José y, por lo tanto, que la amenaza del occiso al procesado que —según la indagatoria— obligó a éste a dispararle la escopeta, es apenas un recurso defensivo sin base real en el proceso.

No aceptada por el Jurado, por tales razones, la hipótesis de la provocación —a pesar de que fue tan insistentemente defendida en la audiencia— la Corte no podía desconocer el veredicto en que el Tribunal fundó la sentencia recurrida, ya que ello conduciría a restaurar ilegalmente

una causal —la de injusticia notoria— tácitamente excluída de la nueva ley de casación, y cuya declaración es hoy función atributiva de Tribunales y Juzgados.

La disminución de la pena impuesta, basada en la aplicación del artículo 28, es aquí claramente improcedente, y el recurso —en consecuencia— que tal objeto perseguía, no puede prosperar.

—

En consideración a 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 de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del diez y nueve de mayo del presente año, por la cual condenó a Antonio José Soto a la pena de quince años de presidio por el delito de homicidio en su hermano legítimo Emilio Soto.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno, Campo Elías Aguirre, Jorge Gutiérrez Gómez, Ricardo Jordán J., José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Cancelación de matrículas de abogados

Ya la Corte tiene sentada doctrina, según la cual esta clase de acciones son del conocimiento privativo y único de los Tribunales Superiores de Distrito, y que las resoluciones que ellos dicten para decidirlos no son apelables ante la Corte Suprema.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, doctor Francisco Bruno). Gaitán).

El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en ejercicio de las funciones consagradas en los artículos 10 y 11 de la Ley 21 de 1931, y por orden de la Procuraduría General de la Nación, formuló las siguientes peticiones a la entidad mencionada en demanda que tiene fecha de 26 de enero de 1940:

"1º Que previos los trámites de un juicio sumario y con audiencia de los demandados, dictéis una resolución ordenando la cancelación de la inscripción y admisión como abogados a los doctores Miguel Monsalve; Ernesto González Piedrahita, Hernando Navia Varón y Fernando Medina Ch., todos mayores y vecinos, por haberse hecho acreedores a dicha sanción, por lo que antes se ha relatado, y ya que ellos y sólo ellos fueron quienes intervinieron en actos y contratos simulados (cesiones de derechos hereditarios) y como partidores de la masa partible menoscabaron la legítima de los hijos naturales; y

"2º Que ordenéis, asimismo, comunicar la resolución de cancelación al Ministerio de Gobierno, al señor Procurador General de la Nación, a todos los Tribunales del país y a los Gobernadores de los Departamentos."

Los hechos que dieron fundamento a las peticiones anteriores los resume así el señor Procurador Delegado en lo Civil en su vista fiscal: "Pocos días después de fallecer el señor Rafael García, se inició el juicio de sucesión correspondiente, en el cual fueron declarados herederos sus hermanos naturales, quienes comprobaron el parentesco con las partidas eclesiásticas pertinentes. Más tarde empezaron a llegar solicitudes de reconocimiento del carácter de hijos naturales, quienes comprobaron su estado civil con testimonios sobre posesión notoria. Algunos de ellos obtuvieron esa declaración. Otros iniciaron juicio ordinario por haber sido negado el reconocimiento y algunos se presentaron con sentencia de primera instancia, favorable, obtenida en juicio de filiación obtenido en vida del causante y con su audiencia. En abril de 1939 (el juicio de sucesión se había iniciado en octubre de 1938) los demandados presentaron la escritura pública en que constaba la cesión que de todos sus derechos hereditarios les habían hecho los apoderados de los hijos naturales y con base en ella obtuvieron que se les reconociera el carácter de únicos interesados, y se aprobara la partición de los bienes del causante, —por un valor que pasa de medio millón de pesos— en el cual se adjudicaba a cada uno de los abogados lo proporcional al número de hijos naturales (en total 15) que, respectivamente, les habían cedido sus derechos. El mismo día en que se aprobaron los inventarios se presentó el trabajo de partición, se aprobó y se entregó el expediente a los únicos cuatro interesados en el juicio."

El presente asunto se tramitó ante el Tribunal Superior de Cali, entidad que en sentencia de 30 de noviembre de 1943 negó las peticiones de la demanda. El fallo fue apelado, en cuya virtud llegó a la Corte el negocio donde ha recibido la tramitación propia de los juicios especiales.

En reciente providencia (junio 5), esta Sala de la Corte, al estudiar un asunto análogo, sobre cancelación de la matrícula de abogado del doctor Nicolás González Torres, desatado por el Tribunal de Ibagué, llegó a la conclusión, después de un detenido examen, de que esta clase de acciones son del conocimiento privativo y único de los Tribunales Superiores de Distrito y que las resoluciones que ellos dictan para decidirlos no son apelables ante la Corte Suprema. Al presente negocio debe aplicarse la doctrina que surge de ese fallo, por lo que se pasa a transcribir, como fundamento de esta providencia, lo pertinente de aquélla. Dice así: "Para la Sala no es difícil la solución de que el conocimiento de tales negocios corresponde a los Tribunales Superiores. En efecto: El artículo 10 de la Ley 21 de 1931 señala las causales 'para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión'. Los artículos 6º y 7º de la Ley 62 de 1928 determinan el trámite que debe seguirse ante los Tribunales de Distrito Judicial para obtener la matrícula de abogado. Y los Tribunales están facultados expresamente para negar la matrícula por las causales del artículo 13 de la misma ley, reproducidas luégo por la Ley 21, mencionada, artículo 10, que autoriza también dos causales más, entre las cuales está el ordinal 6º, según el cual es causal para no ser admitido como abogado o *para que se cancele la inscripción* el hecho de haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional, *'a juicio del Tribunal respectivo'*. En seguida la Ley 21, en el artículo 11 establece que la resolución sobre cancelación de la matrícula de un abogado se dicta previa sustanciación de un juicio sumario con audiencia del Ministerio Público. De las disposiciones anteriores se infiere que si los Tribunales de Distrito están facultados expresamente para negar la inscripción de un abogado por las causales del artículo 10 de la Ley 21, también lo están para conocer del juicio sumario sobre cancelación de la matrícula, pues la materia de decisión en ambos casos es la misma: examinar si el abogado está dentro de las causales de inhabilidad previstas en la ley para ejercer la profesión o continuar ejerciéndola. Nótese que el citado artículo 10 de la Ley 21 le confiere *únicamente* al *Tribunal respectivo* la potestad de calificar la causal de inhabilidad, referente a la ejecución de actos atentatorios de la moral profesional, tanto en caso de la solicitud para obtener la inscripción de abogado como cuando se trata de la demanda de un ciudadano para que se cancele la inscripción. Luego es porque el artículo 10 párte de la base de que las dichas demandas corresponde decidirlas a los Tribunales. En cambio no está determinado por la ley que los fallos dictados por los Tribunales, encaminados a decidir la demanda de un tercero propuesta con el objeto de que se cancele la matrícula de determinado abogado, deban tener segunda instancia, y que de ésta corresponda conocer a la Corte Suprema en su Sala de Negocios Generales. En el trámite que se sigue por el pedimento de un aspirante a ser recibido como abogado, el artículo 17 de la Ley 62 de 1928 prevé que alguien se oponga a tal pretensión, después de hechas las publicaciones de rigor; en ese evento el negocio se abre a pruebas por nueve días, vencidos los cuales el Tribunar resolverá dentro de los tres días siguientes si se hace o nó la inscripción. Esta es una controversia entre el opositor y el que ha solicitado la inscripción, que se falla en procedimiento breve y sumario por el Tribunal. La ley no ha dispuesto que la respectiva resolución tenga el recurso de apelación. En todos aquellos casos en que un Tribunal Superior —preceptúa el artículo 3º de la Ley 21 de 1931— debe decidir sobre la honorabilidad de un aspirante a ser recibido como abogado, y que alguien se oponga, recibirá pruebas del interesado y del opositor dentro de un término de cinco días, y decidirá la oposición dentro de los cinco días siguientes, 'verdad sabida y buena fe guardada'; lo que significa que el Tribunal obra como juez de conciencia, que no tiene necesidad de exponer las razones de su fallo. La ley da igual acción a terceros con miras a obtener la cancelación de la matrícula de un abogado ya inscrito, por las mismas razones que fundamentan la negativa de la demanda de un abogado dirigida a que se le inscriba entre los abogados facultados para ejercer la profesión (artículos 13 y 21, ley 62 de 1928 y 10 y 11 de la Ley 21 de 1931). En este caso la controversia entre el abogado inscrito y su opositor se decide por el Tribunal en el procedimiento del juicio sumario. Tampoco la ley ha dispuesto que esta resolución tenga recurso de apelación. En los tres casos contemplados dictase resolución por el Tribunal, que pone fin a la controversia entre el abogado y su opositor. Pero ¿será suficiente que exista controversia entre partes, para que virtualmente conlleven las respectivas resoluciones el recurso de apelación, sin necesidad de disposición expresa que lo autorice? El artículo 198 del Código Judicial dice que *por regla general* en los juicios hay dos instancias o grados. Por lo tanto la regla general es la de las dos instancias. Y la excepción, que el juicio no tenga más que una sola instancia. La excepción tiene que resultar de disposición de la misma ley, que disponga

que determinado negocio judicial se resuelve en una sola instancia por el Juez que la misma ley designe, o de la naturaleza del asunto controvertido ante los Jueces. No hay disposición que excluya de la segunda instancia las resoluciones que dictan los Tribunales, previa controversia entre el abogado y su opositor, en los casos arriba contemplados. Luego podría afirmarse que entonces se aplica la regla general, y que esa clase de negocios tienen segunda instancia, naturalmente ante la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, que sería en tal evento el superior jerárquico del Tribunal cuando alguna de las partes apela de la resolución que éste pronuncie. Empero, a esta conclusión se opone la naturaleza del asunto decidido, que no permite la aplicación de la regla general de la segunda instancia, ya que como va a verse, la Sala carece del poder de decisión correspondiente. En los asuntos expresados la controversia gira alrededor del derecho que tiene el abogado a obtener frente a la respectiva reglamentación legal, la facultad de ejercer la profesión, o a que no se le cancele esa facultad concedida con anterioridad. La Constitución Nacional protege el trabajo libre de las personas, pero dispone que la ley reglamente el ejercicio de las profesiones. En ejercicio de tal facultad constitucional, vienen reglamentos legales a precisar las condiciones y requisitos a cuyos términos quedan sometidos los profesionales que aspiran a obtener la respectiva autorización de ejercer la abogacía, la medicina, la dentistería, ingeniería, etc. Cada profesión tiene así su especial reglamento, y señaladas en éste las entidades o corporaciones encargadas de hacerlo cumplir. La circunstancia de que una autoridad judicial, como son los Tribunales Superiores, decida en los casos previstos sobre cuestiones atinentes a la honorabilidad e idoneidad de los profesionales del derecho, no reduce lo sentenciado a materia de derecho privado. Lo sentenciado continúa perteneciendo al orden del derecho público, porque constituye la aplicación de preceptos dados en interés social. El interés privado del profesional es completamente secundario, pues las limitaciones al ejercicio libre de las profesiones se establecen con miras a proteger a la sociedad de la explotación indebida y a garantizar en la medida de lo posible que el profesional, cuando actúa, se ciña a la ética y a la moral. Es verdad que así también se tiende a proteger el interés privado de cada técnico, por razón de que le aleja la competencia desleal. Empero, ese derecho se diferencia fundamentalmente de un derecho de categoría estrictamente civil, en el sentido de que haga parte de la legislación civil, tal como lo entiende el artículo 35 del Código Político y Municipal: 'El ramo civil —dice ese precepto— comprende las leyes relativas al estado civil de las personas y derechos y obligaciones concernientes a él; adquisición, uso y goce de los bienes de propiedad pública o particular; sucesiones y donaciones; contratos y cuasi-contratos; disposiciones especiales sobre comercio y minería'. Y que no es negocio civil el que deciden los Tribunales cuando inscriben un abogado o le cancelan la inscripción, lo pregona con voces claras la circunstancia de que en la decisión interviene también la Sala Penal del Tribunal, en los Tribunales en que actúan las dos Salas. Luego es porque la materia corresponde a un derecho de naturaleza especial, de índole distinta de la del derecho propiamente civil o común. Las leyes reglamentarias de los oficios y profesiones son así de carácter público y por ende administrativas. Y por lo mismo que no tratan de materias de derecho privado propias del conocimiento de los Jueces ordinarios, se requieren disposiciones especiales, como la de los artículos 6º y 7º de la Ley 62 de 1928, y 3º y 10 de la Ley 21 de 1931, que faculten a los Tribunales Judiciales en pleno para conocer de las controversias que surjan con motivo de la oposición a que un abogado ejerza o continúe ejerciendo la profesión; e igualmente leyes especiales que permitan el recurso de apelación ante la Corte. Por disposición del ordinal 1º del artículo 37 del Código Judicial la Corte, en su Sala de Negocios Generales, conoce en segunda instancia 'de los *negocios civiles* de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial'. De consiguiente, no de todo negocio atribuído por la ley a los Tribunales conoce en segunda instancia la Sala de Negocios Generales de la Corte. Exclusivamente de aquellos que tienen el carácter de civiles, es decir, cuando está de por medio una cuestión de derecho privado patrimonial, de un particular en relación con la Nación o los Departamentos, según la enumeración que suministra el artículo 76 del Código Judicial, en lo pertinente. Pero cuando el negocio fallado por un Tribunal no es de derecho privado, de los comprendidos en la enumeración del mencionado artículo, se requiere disposición expresa que le dé a la Corte el conocimiento de segunda instancia. La segunda instancia no puede crearla la Corte por consideraciones de equidad, o por aplicación mecánica de los artículos 198 y 493 de la Ley de Procedimientos. Estas disposiciones estatuyen con carácter general; pero por ello mismo dejan

a salvo los casos en que la naturaleza del negocio exige que la segunda instancia deba ser indicada expresamente por el legislador. A la competencia de un Juez en determinado asunto debe llegarse por el camino de las disposiciones expresas que se la hayan otorgado. Esta materia de la competencia repudia y hace inadmisible el sistema de las aplicaciones de la ley, por analogía o por extensión. La competencia siempre debe ser expresa, pues cuando el Juez actúa sin disposición que claramente lo autorice, comete una usurpación de jurisdicción, que consiste, según el artículo 148 del Código Judicial, en ejercerla sin haberla adquirido legalmente, es decir, por virtud de una ley. Fuera de los negocios civiles de particulares con la Nación o los Departamentos, de que conocen los Tribunales en primera instancia, según el artículo 76 del mismo Código, y la Corte en segunda instancia, según el artículo 37 ibidem, esta entidad conoce también en segunda instancia 'de los demás asuntos atribuídos a la Corte *por leyes especiales* en este grado de jurisdicción' (ordinal 3º del artículo 37). Por manera que cuando los Tribunales fallen negocios a ellos atribuídos por leyes especiales, distintos de los civiles, comprendidos en los respectivos numerales del artículo 76, es indispensable que la misma ley haya previsto el recurso de apelación ante la Corte. De lo contrario esta Sala carece del poder de revisión sobre esos fallos de los Tribunales."

No es necesario agregar ninguna otra consideración a las ya expuestas por la Sala, que se han transcrito e incorporado a esta decisión, para fundamentarla, debiendo, por tanto, declararse la incompetencia de la Corte para conocer y fallar en la apelación interpuesta. La providencia del Tribunal de Cali, a que ella se refiere, no puede ser revisada por esta corporación.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara que ella no es competente para conocer del recurso propuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali contra la providencia dictada por ese Tribunal en el juicio sobre cancelación de matrículas de abogados de los doctores Ernesto González Piedrahita, Hernando Navia Varón, Miguel Monsalve y Fernando Medina Ch.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Interpretación del ordinal 1o. del artículo 76 del Código Judicial

Estima la Corte que cuando el asunto controvertido versa, bien sea exclusivamente, o al menos de manera fundamental, y de necesaria decisión previa, sobre una cuestión netamente de derecho público y en forma especial cuando en ese caso el Estado ha obrado por ministerio de la ley misma en su calidad de persona de derecho público (jure publico) **y no en calidad de persona de derecho privado** (jure privato), **y aparece aquí desde luégo la importancia de esta distinción sobre la doble personalidad del Estado —que hay quienes, infundadamente, pretenden hacer desaparecer— se presenta así, con características de incontrovertible el que el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial no le da jurisdicción para esos asuntos a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial si ocurren controversias con el Estado en relación con tales actos y ya que en tal evento mal puede decirse que se trate de asuntos en los cuales contenciosamente se ventilan cuestiones de** derecho privado.

Cuando la Gobernación de un Departamento, en cumplimiento de sus funciones legales, y en nombre del Estado, desecha una denuncia de minas por no considerarla jurídicamente aceptable, obra en ejercicio de funciones administrativas de derecho público y el Estado así representado actúa como persona de derecho público. Sabido es que la admisión de la denuncia puede conducir normalmente a la adjudicación **y es obvio que no le es posible a personas de derecho privado ejecutar el acto jurídico administrativo** sui generis de adjudicar **minas; por donde se echa de ver que en tal caso el Estado, que lo ejecuta, obra como persona de derecho público y no en manera alguna, como persona de derecho privado. Por consiguiente, si al Estado se le increpa el haber perjudicado los intereses del avisante de una mina por no haber admitido un denuncio y por cuanto el denunciante estima conculcado el derecho que le confirió el acto inicial y jurídicamente previo del aviso de ella dado ante autoridad competente, los Tribunales Superiores de Distrito no tienen, a la luz del ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial, competencia para conocer de las demandas que se le ocurra entablar contra la Nación al que se siente perjudicado con tal acto.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H.)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en providencia de veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, falló las excepciones dilatorias propuestas por el señor Fiscal de dicho Tribunal a la demanda ordinaria promovida contra la Nación por el señor Germán Molina Callejas, vecino de Medellín.

Las excepciones referidas fueron las de "inepta demanda" y la de "incompetencia de jurisdicción" y el Tribunal, en el fallo mencionado, habiendo llegado a la conclusión de que aparecía establecida en autos la excepción de "incompetencia de jurisdicción", declaró no proceder el estudio de la otra excepción, o sea la de "inepta demanda".

En resumen, el Tribunal expresó en la parte resolutiva de su auto, estar probada la excepción de "incompetencia de jurisdicción" de parte del mismo Tribunal, inhibiéndose así de conocer del juicio ordinario mencionado.

Se conformó con esta resolución el Fiscal del Tribunal, no así el demandante señor Molina Callejas, quien, habiendo sido además condenado en ella en costas, interpuso recurso de apelación ante la Corte, recurso acerca del cual va a decidir esta Sala.

Para el dominio adecuado de la materia controvertida y para poder formar criterio acerca de los fundamentos mismos del fallo del Tribunal, es preciso transcribir en seguida, al menos la parte petitoria de la extensa demanda formulada por el actor Molina Callejas, tal como ella quedó en definitiva después de una enmienda hecha por el demandante:

"Primera. Que la Nación o República de Colombia, por medio de las autoridades llamadas por la ley a intervenir en el negocio, debe estimar y reconocer que la mina de oro en veta

conocida con los nombres de *Ñeme Ñeme* y *Bolivia,* originariamente situada en el Distrito de Remedios y luégo también en el de Segovia, descubierta por y adjudicada a los señores José Santos Carrillo y Juan N. Murillo, según título de 8 de junio de 1825, por deficiencia o falta en el pago del respectivo impuesto fiscal, y por ministerio de la ley, cayó en abandono legal, volvió *ipso facto* al patrimonio del Estado e inclusive se hizo restaurable y denunciable por tercera persona, con anterioridad al año de 1924; y en igual situación jurídica se hallaba cuando Germán Molina Callejas la avisó en diligencia registrada en la Alcaldía de Segovia el 9 de enero de 1924, bajo el número 2, y la denunció con el nombre de Bolivia, en escrito presentado en esa misma fecha ante el Gobernador del Departamento de Antioquia.

"Segunda. Que la Nación o República de Colombia, por medio de aquellas autoridades, debe reconocer a Germán Molina Callejas como legítimo subrogatario de los primitivos descubridores y adjudicatarios, y como actual poseedor ordinario de la referida mina de oro en veta, a virtud de la restauración verificada según el aludido aviso de 9 de enero de 1924 y repetida, sin solución de continuidad y en conformidad con el artículo 123 del Código de Minas, en el aviso número 2, de 2 de febrero de 1943, cumplido a su vez en la misma Alcaldía de Segovia.

"*Subsidiariamente* a esta petición segunda: Que dicho reconocimiento debe hacerlo la Nación o República de Colombia, en la forma indicada, a base exclusiva del aviso número 2, de 2 de febrero de 1943, últimamente mencionado.

"Tercera. Que la Nación o República de Colombia, por medio de aquellas mismas autoridades, debe considerar y reconocer a Germán Molina Callejas como legítimo denunciante de la mina en mención, a base del denuncio de 8 de febrero de 1943, en propia fecha presentado ante el Gobernador del Departamento de Antioquia con el nombre de *Bolivia.*

"Cuarta. Que, en desarrollo de los artículos 2º, 44, 343 y 355 del Código de Minas y 27 del Decreto 761 de 1887, la Nación o República de Colombia, representada para el caso por el Gobernador del Departamento de Antioquia y demás autoridades administrativas llamadas por la ley a intervenir en el negocio, está en el deber de admitir el referido denuncio de 8 de febrero de 1943 y de ceder y adjudicar en posesión y propiedad a Germán Molina Callejas, previas las formalidades establecidas al efecto por el Código de Minas actualmente en vigencia, y ello en un solo globo, esto es, a virtud de sólo dicho denuncio, la mencionada mina de oro en veta, exactamente con la misma extensión que, por linderos fijos e identificables, fue entregada en posesión en 1825, como cuerpo cierto, a los primitivos descubridores señores Carrillo y Murillo; sin que para el caso proceda el artículo 2º de la Ley 292 de 1875 y sea cual fuere el número de pertenencias comprendidas en ese cuerpo cierto, que se determina por estos linderos, según el referido título de 8 de junio de 1825, y que en aquel denuncio aparecen anotados en forma textual: 'Desde el salto de la quebrada Santa Teresa al nordeste de la ciudad de Remedios, quebrada arriba hasta sus cumbres, con sus vertientes.'

"Subsidiariamente a esta petición cuarta:

"1º Que lo anotado en esta petición cuarta se cumpla apenas con relación a tres pertenencias, si la sentencia decidiere que se trata, no de una *restauración,* sino de *descubrimiento* de la mina.

"2º Que la Nación o República de Colombia, por medio de las referidas autoridades, debe reconocer que el resto del mineral entregado en 1825 a los señores Carrillo y Murillo, deducidas las tres pertenecias de que trata el anterior numeral 1º, queda cubierto, en lo que a cada uno corresponda, por los veintinueve denuncios que el 9 de enero de 1924 presentó Germán Molina Callejas según se dice en el numeral 23 de la parte historial del libelo de 17 del corriente mes de marzo, y con esa base y en esa forma subdividida, debe entregársele en posesión y adjudicársele en propiedad, previas las formalidades de rigor legal.

"Quinta. Que la Nación o República de Colombia, por medio de las mencionadas autoridades, debe admitir aquellos veintinueve denuncios —en el mismo evento subsidiario de que hablan los dos numerales que preceden— sin que para ello obsten las Resoluciones del Ministerio de Industrias, de 6 de junio y 11 de octubre de 1924, aludidas en el numeral 23 bis B) de este mismo memorial; resoluciones que deben, además, considerarse como legalmente infundadas y aun nulas, por incompetencia de jurisdicción, en lo que al impuesto de timbre atañen.

"Sexta. Que la Nación o República de Colombia, debe indemnizarle a Germán Molina Callejas, de los perjuicios de todo orden consiguientes al *lucro cesante* y al *daño emergente* producidos y que se produzcan como consecuencia de las Resoluciones de 18 y 19 de febrero de 1943, dictadas por la Gobernación de Antioquia en el denuncio de la mina *Bolivia* que Molina Callejas presentó en escrito de 8 de esos mismos mes y año; y siendo entendido que han de incluírse aquellos perjuicios que éste sufra desde la fecha de tales resoluciones y hasta que el aludido denuncio sea admitido, con motivo de la explota-

ción que del mineral delimitado en la anterior petición cuarta llevan a cabo terceras personas, y con motivo también de las gestiones y de los gastos inherentes a la acción que se promueve.

"Parágrafo. Que los perjuicios sean apreciados según lo dispone el artículo 553 del Código Judicial.

"Séptima. Que son legalmente infundadas aquellas Resoluciones gubernativas de 18 y 19 de febrero de 1943, e inoperantes para detener el avance del denuncio de 8 de esos mismos mes y año.

"Octava. Que, una vez ejecutoriada y registrada la sentencia, se le pase en copia integra a la Gobernación de Antioquia, para su exacto y pronto cumplimiento."

Prácticamente la cuestión debatida ha estado circunscrita, en el incidente de excepciones dilatorias, a fijar el alcance preciso del ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial, que señala como atribución propia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocer en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación, pero condicionando al propio tiempo esa competencia a que en los asuntos respectivos se ventilan "cuestiones de derecho privado".

Los términos precisos de tal disposición legal son, en efecto, los siguientes:

"Artículo 76. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen en primera instancia de los negocios siguientes:

"1º De los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40."

De manera que, en breve síntesis, la cuestión controvertida en el incidente de excepciones es la siguiente:

Sostiene el señor Fiscal del Tribunal que en la demanda presentada contra la Nación, con motivo de no haber sido admitido en una Gobernación un denuncio de minas dado precisamente por el demandante, lo que se ventila es una cuestión de derecho público y no una cuestión de derecho privado.

A lo cual responde el demandante Molina Callejas que no se ventila propiamente una cuestión de derecho público, sino fundamentalmente una cuestión de derecho privado ya que en todo ello va implicado el derecho patrimonial y privado del *avisante* de la mina, a su adjudicación y merced al *aviso* mismo (artículos 8º, 117, 125 y 346 del Código de Minas), derecho que queda malogrado, para su titular, al ser desechado por la Gobernación el denuncio respectivo de la mina en consideración.

El Tribunal en el auto recurrido acogió la tesis de la Fiscalía y por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su intervención ante la Corte, solicita la confirmación de la providencia apelada, si bien hace, en su escrito de fecha 13 de abril último, la siguiente observación final:

"Creo también que en este negocio no se discute derecho privado, és decir, normas que rigen las relaciones entre los particulares, sino derecho administrativo, derecho público, normas que rigen las relaciones del Estado con los particulares, de la Administración con los administrados. En determinados negocios de derecho público conocen los Tribunales ordinarios; en ciertos casos los Tribunales Administrativos tienen que estudiar y aplicar normas del derecho privado. Por esto, y solamente por esto, no acojo íntegramente las muy acertadas exposiciones del señor Fiscal y del honorable Tribunal."

Estima la Corte que cuando el asunto controvertido versa, bien sea exclusivamente, o al mehos de manera fundamental y de necesaria decisión previa, sobre una cuestión netamente de derecho público y en forma especial cuando en ese caso el Estado ha obrado por ministerio de la ley misma en su calidad de persona de derecho público *(jure publico)* y no en calidad de persona de derecho privado *(jure privato)* y aparece aquí desde luégo la importancia de esta distinción sobre la doble personalidad del Estado —que hay quienes, infundadamente, pretenden hacer desaparecer—, se presenta así, con características de incontrovertible, el que el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial, antes transcrito, no le da jurisdicción para esos asuntos a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial si ocurren controversias con el Estado en relación con tales actos y ya que en tal evento mal puede decirse que se trate de asuntos en los cuales contenciosamente se ventilan cuestiones de *derecho privado.*

Cuando la Gobernación de un Departamento en cumplimiento de sus funciones legales, y en nombre del Estado, desecha una denuncia de minas por no considerarla jurídicamente aceptable, obra en ejercicio de funciones administrativas de derecho público y el Estado así representado actúa como persona de derecho público. Sabido es que la admisión de la denuncia puede conducir normalmente a la *adjudicación,* y es obvio que no le es posible a personas de derecho privado ejecutar el acto jurídico administrativo *sui generis,* de *adjudicar* minas; por donde se echa de ver que en tal caso el Estado, que lo ejecuta, obra como persona de derecho

público, y no, en manera alguna, como persona de derecho privado.

Por consiguiente, si al Estado se le increpa el haber perjudicado los intereses del avisante de una mina por no haber admitido un denuncio y por cuanto el denunciante estima conculcado el derecho que le confirió el acto inicial y jurídicamente previo del *aviso* de ella dado ante autoridad competente, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial no tienen, a la luz del ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial, competencia para conocer de las demandas que se le ocurra entablar contra la Nación al que se siente perjudicado con tal acto.

Se objeta entonces que está de por medio una cuestión de derecho privado, cual es la de saber si ha de prevalecer el derecho que el avisante, por obra del aviso, adquirió a la adjudicación de la mina, en contraposición al derecho de quien sostiene que esa mina le pertenece, o sea que el interés patrimonial de un particular aparece así enfrentado al de otro particular.

Puede ser ello así; y, justamente en términos que los suscritos Magistrados juzgan acertados, la Sala de Casación en lo Civil de la Corte sentó doctrina a este propósito, doctrina que invoca precisamente en este asunto el demandante Molina Callejas, pero que en verdad es contraproducente a sus pretensiones actuales contra la Nación.

Dicha doctrina es del siguiente tenor:

"De lo dicho se desprende que cuando a Molina Callejas se le rechazó por la Gobernación de Antioquia su denuncio de 12 de septiembre de 1932, confirmando luégo el Ministerio de Industrias la anterior Resolución, sí tuvo expedita y viable la acción común ordinaria para discutir ante el Organo Judicial, con la debida amplitud procesal, las razones o motivos de carácter legal que tuvo el poder administrativo para rechazarlo. Enfrente de esa situación que se le planteó, tenía el susodicho actor dos vías igualmente operantes para obtener una rectificación de lo decidido por la Administración: o acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa acusando por infracción legal las resoluciones administrativas denegatorias, según las normas entonces vigentes de la Ley 130 de 1913; o ejercer el derecho sustantivo de acción procesal que indudablemente tenía para que la justicia ordinaria revisara lo resuelto en la secuela administrativa, a efecto de decidir por vía jurisdiccional sobre su fundamento.

"De manera que es jurídico concluír que el actor sí tenía la acción ordinaria incoada en este pleito y es de rigor rectificar la conclusión contraria a que llegó el Tribunal en la sentencia acusada. Resulta a todas vistas equivocado el concepto del sentenciador de Medellín cuando dijo: 'como la acción pretendida no tiene siquiera cabida entre los posibles juicios que pueden surgir dentro del derecho minero para discutir posesión o propiedad, sobre oposición o sobre mejor derecho a la adjudicación'."

Cabe observar que en el juicio al cual se refiere este fallo de la Sala de Casación en lo Civil, de 2 de noviembre de 1942, y cuya copia figura en autos, el señor Molina Callejas había entablado demanda por razón de una denuncia no admitida de mina que consideraba abandonada; mas dirigió la acción no contra la Nación sino contra la entidad propietaria de la mina a la cual imputaba el abandono de ella. (Véanse folios 22 y siguientes del cuaderno de pruebas del incidente de excepciones).

Empero aquí en el presente juicio no se ha dirigido la demanda contra la persona que sostenga ser propietaria de la mina denunciada sino que se ha dirigido contra la Nación, inclusive para exigirle indemnización por no haber sido admitido el denuncio respectivo presentado por el actual demandante.

Se olvida entonces que el Estado, en cuanto *adjudica* determinada clase de minas, carece de interés patrimonial en el sentido de que la mina llegue a pertenecer a una o a otra persona, y ya que desde luégo la *adjudicación* propiamente dicha tiende fundamentalmente a lograr fines económicos de carácter general.

En consecuencia, al Estado, considerado como persona jurídica, no le interesa la cuestión de derecho privado de si la mina pertenece o llegará a pertenecer a A o a B, de suerte que falta uno de los presupuestos procesales para que la Nación haya de tomar parte en el debate sobre esos temas de derecho privado; y, por consiguiente, un Tribunal Superior de Distrito Judicial carece de competencia y de derecho para emplazar al Estado a fin de que demuestre la corrección de su conducta legal al obrar sus representantes en ejercicio de funciones características del derecho público y en calidad el Estado de persona precisamente de derecho público; ni para responder luégo en juicio acerca de cuestiones posiblemente de derecho privado, pero en procesos en los cuales no figura siquiera la persona o personas de derecho privado únicas interesadas en contradecir las pretensiones de la parte demandada, o sea en este caso, quienes figuran como propietarios actuales de las minas denunciadas como abandonadas por el demandante, señor Molina Callejas y que naturalmente tienen el interés jurídico de que no se reconozca

en su perjuicio la existencia de ese abandono minero.

En otros términos, si la cuestión planteada fuera una cuestión de derecho público pero que hace surgir como consecuencia necesaria y de pronunciamiento simultáneo una cuestión de derecho privado y en una y otra hubiera interés de parte de la Nación, pudiérase quizás llegar entonces a la conclusión de que la continencia de la causa atrae la competencia del Tribunal Superior respectivo. Mas cuando la cuestión de derecho público atañe a la Nación y la de derecho privado no le incumbe, mal puede admitirse esta competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Lo que se deja expuesto demuestra, además, la íntima vinculación que existe en el caso actual, entre la excepción dilatoria de "incompetencia de jurisdicción" y la, también dilatoria, de inepta demanda, es decir, "si la demanda se dirige contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda", noción de dicha excepción de inepta demanda que en esos términos mismos presentada, entre otras, por la ley (artículo 333 del Código Judicial), fue precisamente la que puso de presente el excepcionante en el escrito que dio pie al incidente de excepciones que ahora se falla en segunda instancia.

De manera que la existencia de esta última excepción de inepta demanda contribuye a sustentar la de incompetencia de jurisdicción, y se explica así que, por simples razones de economía procesal, hubiera el Tribunal resuelto declarar la de mayor entidad en la tramitación judicial, cual es la de negar su competencia para seguir conociendo de este juicio.

Por razón de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto apelado, proferido en este asunto por el Tribunal Superior de Medellín, el día veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, y condena en las costas de la instancia a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, devuélvase el expediente e insértese este auto en la *Gaceta Judicial.*

Miguel Arteaga H., Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

PENSION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá presentó el señor Gustavo Castro R., vecino de esta ciudad, demanda, que lleva fecha 13 de agosto de 1943, o sea la de su presentación, y en la cual el demandante solicitó el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia por la cantidad de cien pesos ($ 100), fundándose para ello en el contenido del artículo 5º de la Ley 22 de 1942 sobre "prestaciones a los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo".

Según la demanda dicha, la pensión debe ser reconocida a cargo de la Caja de Previsión, creada por la Ley a la cual se acaba de hacer referencia y por cuanto el demandante era empleado subalterno del Tribunal Superior de Bogotá cuando entró a regir la expresada ley, si bien se hallaba entonces en uso de licencia.

La disposición legal invocada por el demandante es del siguiente tenor literal:

"Artículo 5º Los funcionarios y empleados de que trata esta Ley, que sufrieren durante el desempeño de sus empleos una enfermedad o lesión que les incapacite en absoluto para el trabajo profesional, recibirán, si no tienen cómo atender a su congrua subsistencia y mientras vivan, una pensión mensual igual al sueldo que devengaren el día que se cause la enfermedad o lesión. Si mueren a consecuencia de la enfermedad o lesión su viuda e hijos recibirán o continuarán recibiendo dicha pensión por espacio de dos años, siempre que carezcan de recursos para su congrua subsistencia."

Por otra parte, para el caso de ser reconocida la pensión reclamada hay lugar a tener en cuenta el artículo 12 de la Ley dicha 22 de 1942, según la cual las prestaciones, entre otras, de que trata el artículo 5º de la Ley 22 de 1942, se reconocerán únicamente a los funcionarios y empleados que al entrar ella en vigencia se hallen en ejercicio de sus funciones en los respectivos cargos o *en uso de licencia legal.*

Finalmente es de aplicación congruente al caso judicial que se estudia, de manera especial el artículo 13 de la misma Ley 22 de 1942 que creó la Caja de Previsión y señaló a cargo de ella el pago de las prestaciones de que trata dicha Ley, entre las cuales está, como ya se vio, la de auxilio de enfermedad.

Interesa conocer los términos precisos del artículo 13 al cual se acaba de hacer referencia, que textualmente dice así:

"Artículo 13. Créase una Caja de Previsión, con personería jurídica, a cuyo cargo estará el pago de las prestaciones de que trata esta Ley, por el sistema del seguro obligatorio."

Tramitado el asunto en la primera instancia fue fallada favorablemente al demandante, en sentencia de fecha doce de febrero del año en curso, cuya parte resolutiva está concebida en los siguientes términos:

"1º Decrétase una pensión vitalicia en favor del señor Gustavo Castro Rey por la cantidad mensual de cien pesos ($ 100) moneda corriente equivalente al sueldo devengado por el peticionario como escribiente auxiliar de Magistrados en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

"2º Esta pensión debe serle pagada mes por mes con fondos de la Caja de Previsión Social creada por la Ley 22 de 1942 y se le decreta o reconoce a partir de la fecha de la iniciación de esta demanda, trece de agosto de mil novecientos cuarenta y tres."

Contra este fallo interpuso recurso de apelación el señor Fiscal 1º del Tribunal del conocimiento; y esta segunda instancia, ante la Corte, se ha surtido en debida forma con intervención del señor Procurador Delegado en lo Civil, quien, en su escrito de 11 de abril último, se manifestó adverso al desenlace que el Tribunal de primera instancia dio al problema jurídico ante él

planteado en este asunto; y pidió, en subsidio, para el caso de que la Corte no acogiera las apreciaciones de aquél sobre el fondo del asunto, el que fuera dictado por la Sala auto para mejor proveer, a fin de esclarecer ciertos puntos no suficientemente claros en el proceso.

Atendiendo a lo pedido por el señor Procurador Delegado en lo Civil en su escrito de 11 de abril último, fue dictado por la Sala auto para mejor proveer, que lleva fecha 13 de junio próximo pasado, en el sentido de solicitar del Tribunal Superior de Bogotá las constancias del caso acerca de las licencias concedidas por enfermedad al peticionario señor Gustavo Castro Rey; ya que, como lo establece el artículo 12, antes transcrito, de la Ley 22 de 1942, para gozar el empleado de la prestación, es necesario que si no se hallare ya en ejercicio de sus funciones, al entrar a regir la ley expresada, se halle al menos en uso de licencia, con el carácter de licencia legal.

Del certificado expedido por el señor Presidente del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento del auto para mejor proveer, antes mencionado, aparece lo siguiente:

"El suscrito Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, *certifica:*

"1º Que a petición del señor Gustavo Castro Rey, de fecha 21 de abril de 1942, se concedió a dicho señor licencia por noventa (90) días para separarse del cargo de auxiliar-escribiente del Magistrado doctor Jesús María Arteaga, según el auto que dice:

'Tribunal Superior del Distrito Judicial—Bogotá, abril veintidós de mil novecientos cuarenta y dos.—De conformidad con lo solicitado por el señor Gustavo Castro R., concédesele licencia, por enfermedad, por el término de noventa días, para separarse del cargo de auxiliar del suscrito. Comuníquese al interesado. (Firmados): *Jesús María Arteaga.—F. A. Martínez Rico,* Secretario.'

"2º Que a petición del mismo señor, de fecha 23 de julio de 1942, se prorrogó la licencia concedida, por el término de noventa días más, según el auto siguiente:

'Tribunal Superior del Distrito Judicial—Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos cuarenta y dos.—Prorrógase por noventa días más la licencia concedida, por motivo de enfermedad, al señor Gustavo Castro Rey, para estar retirado del puesto de Auxiliar-Escribiente del despacho del suscrito Magistrado.—Comuníuese a quienes corresponda.—(Firmados): *Jesús M. Arteaga.—Francisco Martínez Rico,* Secretario.'

"Dado en Bogotá, Palacio de Justicia, a los veintisiete días del mes de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.—El Presidente del Tribunal, *Bernardo Galvis Alvarez*—El Secretario, *Francisco A. Martínez Rico.*"

Resulta de la transcripción anterior y del contenido de los artículos 9º y 10 del Código Judicial que la licencia concedida al señor Castro por razón de enfermedad y la prórroga de ella son legales por no haber excedido en conjunto de ciento ochenta días; y que, estando en ejercicio de ella cuando entró a regir la Ley 22 de 1942 (véase artículo 12 antes citado), tiene derecho a la prestación demandada y que le reconoció el Tribunal en la sentencia apelada.

Se observa en dicha sentencia, en armonía con las constancias de los autos, que el señor Castro trabajó en el Tribunal Superior de Bogotá por un espacio de tiempo mayor de veinte años en el desempeño del empleo de Escribiente-Auxiliar de varios Magistrados; y que, como el artículo 10 del Decreto número 2840 de 1942, reglamentario de la Ley 22, establece que, para gozar de la pensión de que trata el artículo 5º de dicha Ley hay lugar a demostrar la pre-sanidad del empleado, no se concibe que, de haber estado enfermo, hubiera podido realizar, por tánto tiempo, ese género de trabajo.

De otro lado aparece de autos un certificado médico (fl. 19) en el cual se afirma que en el año de 1919, año en el cual empezó a trabajar el señor Castro en el Tribunal, gozaba de perfecta salud y sin que por ese entonces pudiera presumirse la aparición de una enfermedad.

Figura en el expediente un certificado expedido por el Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca, del cual aparece que la renta bruta declarada por el señor Castro Rey, por la cantidad de mil doscientos pesos ($ 1.200) correspondiente al año de 1941, es la proveniente de sueldos recibidos durante ese año en el empleo que desempeñaba en el Tribunal y que, hechas las deducciones legales, no tuvo renta gravable. De ello se sigue que está comprobada la carencia de renta del peticionario señor Castro Rey (artículo 6º, Decreto 2840 de 1942).

En cuanto a la carencia de medios para la congrua subsistencia, están las declaraciones de los testigos doctores Abel Guerrero y Enrique Castillo Gil; personas de honorabilidad notoria según las constancias del proceso (folio 28); y

además, el señor Castro prestó juramento acerca de esa carencia de medios para la congrua subsistencia (artículo 7º, Decreto 2840 de 1942).

Finalmente figura en el expediente una certificación del médico de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, etc., certificación que, a juicio del Tribunal del conocimiento y también de la Corte, demuestra la enfermedad que padece el peticionario y que le impide toda clase de trabajo tanto material como intelectual, así como que esa enfermedad fue contraída en el trabajo de empleado que fue del Tribunal.

De manera que, estando debidamente establecidos los requisitos legales de rigor en estos casos y entre ellos también el de que el sueldo que devengaba el señor Castro R. cuando, por enfermedad, tuvo que retirarse de su cargo, era de cien pesos ($ 100) mensuales, aparece de manifiesto que hay lugar a confirmar el fallo apelado y cuya parte resolutiva fue antes transcrita en la presente providencia.

En virtud 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, confirma la sentencia apelada proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el doce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Miguel Arteaga H., Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Acción sobre pago del valor de unas pensiones

Cualquier erogación que hagan las entidades de derecho público se efectúa mediante trámites especiales tendientes a llevar un riguroso control en los gastos, dejándose siempre en las oficinas encargadas la comprobación correspondiente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, once de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Emma Bernal de Sánchez, por medio de apoderado, demandó al Departamento de Boyacá ante el Tribunal Superior de Tunja para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se condene al demandado: Primero. A pagar a la sucesión ilíquida de Máximo Bernal la cantidad de seiscientos pesos ($ 600) moneda corriente, valor de una pensión que a favor de Bernal decretó la Ordenanza número 12 de 1920, por valor de cincuenta pesos ($ 50) y que dejó de pagarme durante el año de 1921. Segundo. A pagar la suma correspondiente a la misma pensión durante el año de 1922. Tercero. A pagar el valor de las mismas pensiones correspondientes a los meses de diciembre de 1928 y enero de 1929. Cuarto. A pagar a los demandantes los intereses legales de las sumas mencionadas.

En el Tribunal se surtió la tramitación propia de la instancia y en fallo de 9 de noviembre pasado se absolvió al Departamento del pago pedido por no hallarse probados los hechos fundamentales de la acción.

En la Corte, a donde ha llegado el juicio por apelación, se han adelantado los trámites correspondientes a la segunda instancia, por lo cual se procede a decidir el recurso.

—

El señor Procurador Delegado en lo Civil, como representante de la entidad demandada, emitió concepto en dos oportunidades: en la primera entró a estudiar el fondo de la cuestión debatida por considerar que el actor ha mejorado en esta instancia la prueba para demostrar los hechos en que se fundó; y en la segunda propuso a la consideración de la Corte la excepción de prescripción, fundado en lo dispuesto por el capítulo 4º del Código Civil, sobre "acciones que prescriben en corto tiempo".

La disposición en que se apoya el señor Procurador para proponer la excepción enunciada, dice así: "Prescriben en tres años los gastos judiciales... los honorarios de los defensores; de los médicos y cirujanos; los de directores y profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y en general de los que ejercen cualquiera profesión liberal".

Esta disposición no es aplicable al caso de autos; ella se refiere a *honorarios*, y la acción se encamina a cobrar una *pensión*. Por esto no puede declararse probada la excepción propuesta y debe entrar la Sala a estudiar el fondo de la cuestión debatida.

—

Ya se advirtió que el Tribunal de Tunja absolvió al Departamento por no haber encontrado probados los hechos fundamentales de la acción. En la Corte se ha mejorado notablemente la prueba. Se ha demostrado la existencia de la Ordenanza 12 de 1920 de la Asamblea Departamental de Boyacá, que otorgó al padre de la demandante una pensión de cincuenta pesos ($ 50). Se hizo llegar a los autos un informe de la Secretaría de Hacienda de Boyacá, según el cual al agraciado con la pensión, le fueron cubiertas las mensualidades correspondientes a enero, febrero, marzo y abril del año de 1921, y a todo el año de 1922.

La prueba anterior, solicitada por el demandante, debe considerarse como demostración suficiente de lo que en ella se expresa, por emanar de una entidad oficial y estar suscrita por el señor Secretario de Hacienda de Boyacá, circunstancia que le da plena validez como prueba al tenor de lo establecido en el artículo 632 del Código Judicial.

Por tanto, la certificación aludida desvirtúa parte de la primera petición de la demanda (pago de la pensión correspondiente al año de 1921); y también la solicitud segunda (pago de la pensión correspondiente al año de 1922).

En cuanto a los pagos correspondientes al año de 1921 que no están acreditados por el certi-

ficado del señor Secretario de Hacienda, el señor Procurador Delegado en lo Civil pretende que deben considerarse efectuados ya por el Departamento, en armonía con el principio consagrado en el artículo 1628 del Código Civil que presume hechos los pagos anteriores, cuando ellos son periódicos, y el acreedor puede presentar una carta de pago de tres períodos posteriores.

La Sala no comparte el autorizado parecer del señor Procurador en este particular. Cualquier erogación que hagan las entidades de derecho público se efectúa mediante trámites especiales tendientes a llevar un riguroso control en los gastos, dejándose siempre en las oficinas encargadas la comprobación correspondiente. Esta razón inclina a la Corte a estimar que en este caso la prueba que demuestre que el Departamento cumplió la ordenanza que decretó la pensión a favor del padre de la demandante es la certificación de la respectiva oficina pública. Y si es verdad, como lo afirma el señor Secretario de Hacienda en la certificación aludida, que "en aquellas épocas se giraron a favor de los cajeros de la Administración de Hacienda y de la Tesorería Departamental, multitud de órdenes destinadas a atender el pago de vigencias anteriores", con ello no se demuestra el pago de que se trata.

No se ha comprobado pues, que el Departamento pagara las pensiones de mayo a diciembre de 1921. Está acreditado el de las de enero, febrero, marzo y abril del mismo año; y el de las de 1922.

Queda por examinar lo solicitado por la tercera petición de la demanda, o sea el pago del valor de las pensiones correspondientes a los meses de diciembre de 1928 y enero de 1929.

En la petición aludida, como lo observa el señor Procurador, la demandante solicita el pago para ella y no para la sucesión ilíquida de Máximo Bernal como en las otras peticiones.

Siendo ilíquida la sucesión del señor Bernal, como lo manifiesta la demanda (folio 15, cuaderno 1) ignora la Sala quiénes son sus sucesores, y si la única persona que tiene este carácter es la demandante. Cualquier condenación que se haga debe ser a favor de la sucesión y no de la persona que demanda.

—

Por tanto, solamente se condenará al pago de las pensiones de mayo a diciembre del año de 1921.

—

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y condena al Departamento de Boyacá a pagar a la sucesión ilíquida del señor Máximo Bernal la suma de cuatrocientos pesos ($ 400) moneda legal.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta, Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

Liquidación de perjuicios

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio trece de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

Corresponde a la Sala revisar el auto de 15 de septiembre de 1943 dictado en el juicio ordinario de Luis E. Acevedo Torres contra la Nación, y en virtud de apelación interpuesta por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá.

En la providencia recurrida resolvió el Tribunal lo que a continuación se copia:

"En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, resuelve: Fíjase en la suma de treinta y nueve mil seiscientos cincuenta y nueve pesos con veinte centavos ($ 39.659.20) el valor de los perjuicios sufridos por Luis Eduardo Acevedo Torres con motivo de las lesiones que recibió en el accidente de Santa Ana, ocurrido el 24 de julio de 1938, distribuídos así:

"Valor de los perjuicios materiales .....$	17.659.20
"Valor de los perjuicios morales objetivados	22.000.00
"Suma de los perjuicios .. ...$	39.659.20"

Cumple observar aquí que el auto de la apelación fue dictado en cumplimiento de la sentencia definitiva proferida por esta Sala el treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

En ella hubo de pronunciarse la Corte, así:

"La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma el fallo de primera instancia, y decide:

"Primero. La Nación es responsable civilmente de los perjuicios morales y materiales causados a Luis Eduardo Acevedo por las lesiones que recibió en el accidente de aviación del campo de Santa Ana, el 24 de julio de 1938.

"Segundo. La liquidación de los perjuicios morales objetivados y de los materiales se hará según lo previsto en el artículo 553 del Código Judicial, y teniendo en cuenta las bases fijadas en el presente fallo.

"Tercero. Condénase a la Nación a pagar a Luis Eduardo Acevedo la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) moneda legal en razón de perjuicios morales subjetivos.

"Cuarto. No es el caso de hacer la condenación por la suma líquida indicada en la segunda súplica de la demanda."

De suerte que, como es obvio, el auto hoy apelado, y acerca del cual se va a decidir en la presente providencia, fue dictado, de manera especial, en obedecimiento del ordinal 2º del transcrito fallo de la Corte, en cuanto en él se estableció que la liquidación de los perjuicios morales objetivados y de los materiales se hacía en armonía con lo previsto en el artículo 553 del Código Judicial, para lo cual habrá lugar a tener en cuenta las bases de liquidación fijadas en la parte motiva de la sentencia definitiva de que se viene hablando.

Estatuye el artículo 553 citado del Código Judicial que la parte favorecida en la sentencia definitiva, al pedir el cumplimiento del fallo, hará una liquidación motivada y especificada, de la cual ha de darse traslado a la contraparte.

En el presente juicio, la liquidación a la cual se acaba de hacer referencia, fue hecha por el apoderado del demandante, señor Acevedo, en escrito datado el día 28 de abril de 1943.

Corresponden a ese escrito los siguientes pasajes que, de manera especial, interesa conocer:

"Procediendo así, la valuación de perjuicios la concreto en la siguiente manera:

"Valor de los perjuicios materiales causados por la pérdida del ojo izquierdo; la falsa proyección de imágenes por el derecho, deformación facial y cicatrices de las manos y antebrazos, que corresponden al décimo grupo de aquella tabla, y que según la misma, disminuyen la capacidad de trabajo en un 60%, en la cantidad correspondiente al 60% de los $ 44.400.00 que como mínimum hubiera podido ganar Acevedo Torres en los 37 años que probablemente le que-

dan de vida a partir de la época del accidente, cantidad que es la de ....$ 26.640.00

"Valor de los perjuicios materiales causados por la neuritis que le impide el manejo adecuado de la mano derecha, que corresponde al octavo grupo de aquella tabla y que según la misma disminuye la capacidad de trabajo en un 40%, en la cantidad correspondiente al 40% de los $ 44.400 que como mínimum hubiera podido ganar Acevedo Torres en el tiempo a que me he referido, cantidad que es la de 17.760.00

"Valor total de perjuicios materiales ... ...$ 44.400.00

"Los perjuicios morales objetivados ocasionados por la neurosis traumática a que quedó sometido, *de por vida,* Luis Eduardo Acevedo Torres, y que le ocasionan bruscos cambios de carácter, sensible disminución de la memoria, extrema depresión psíquica lindante con la melancolía, desordenamiento e indiferencia en su atención, anulación de su energía y su voluntad, fenómenos que lo incapacitan de por vida y de modo absoluto para la producción económica, necesariamente y de manera lógica tienen que representar todo el lucro cesante en el resto de vida de Luis Eduardo Acevedo Torres (37 años, o sean 444 meses, a $ 100 mensuales) que equivale, como ya lo hice notar, a la suma de $ 44.400.

"Pero como el lucro cesante es único y la neurosis traumática fue y es la resultante de todas las otras lesiones sufridas por Acevedo, la indemnización de perjuicios puede limitarse a los causados por ella, sin incluír, obvio es, el valor de la indemnización por perjuicios morales subjetivos, ya fijada por la Corte Suprema."

Por su parte el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Bogotá, por escrito de 15 de marzo de 1943, después de presentar algunas razones en oposición a los fundamentos de la liquidación hecha por la parte del señor Acevedo, hubo de concluír objetando, según sus propias palabras: "la estimación y liquidación de perjuicios materiales y morales objetivados, presentada por el señor apoderado del actor".

El incidente de liquidación fue abierto a pruebas, y durante el término probatorio respectivo, la parte actora adujo las siguientes:

a) La consistente en un dictamen pericial sobre avalúo de perjuicios materiales y morales objetivados.

b) Una copia expedida por la "Compañía Colombiana de Seguros de Vida" de la tabla "de probabilidades de vida" empleada por esta Compañía;

c) La declaración del señor Luis Alfredo Galán sobre conocimiento personal de los antecedentes del demandante señor Acevedo y acerca de la cantidad mensual que éste ganaba como negociante en víveres antes de ocurrir el accidente aéreo de Santa Ana (24 de julio de 1938), que lo incapacitó para un trabajo normal remunerado.

Habrá lugar en el presente auto a hacer referencia en especial manera a las comprobaciones aludidas, pero, ante todo, interesa observar que, como ya se vio, en armonía con la sentencia de la Corte respecto a la liquidación de los perjuicios sufridos por el demandante, tanto materiales como morales objetivados, hay lugar a tener en cuenta las bases fijadas en dicho fallo por la Corte misma.

A este propósito interesa tener en cuenta que, en el curso normal del juicio, se practicó prueba pericial atinente al monto de los perjuicios de que se ha venido hablando, pero a ese dictamen pericial le hizo la Corte algunas glosas de orden jurídico, las cuales consideró suficientes para reconocer la imposibilidad de llegar, merced a él, a una condenación directa en la sentencia definitiva por una suma líquida de dinero, en calidad de monto de los perjuicios de todo orden sufridos por dicho demandante.

En efecto, en la parte motiva de la aludida sentencia de la Corte se halla lo siguiente:

"Para fundar debidamente una estimación de esta clase, y más concretamente, la que en el caso del presente juicio exprese el monto de la indemnización, es necesario, si se trata del daño moral objetivado y del daño material, puntualizar los elementos y factores en juego, de aquella especie económica, que sirvan para deducir de un modo preciso y concreto, o dentro de las posibilidades de cálculo admitidas para apreciar el daño futuro, cuál es ese monto seguro o probable a que asciende el perjuicio. Los señores peritos, después de sentar unas bases perfectamente claras sobre la calidad de las lesiones sufridas por el actor, avanzan una parte en el camino que conduce a la puntualización de los elementos constitutivos y comprobatorios del daño económico, cuando estiman, con razones que la unanimidad de la Sala acoge, que la sanidad mental y física del lesionado, estudiada en él mismo y por parte de sus ascendientes, le asegura una vida de prolongada duración, que ellos calculan en la de sesenta años. Faltó en este punto, para completar esta base de cálculo, que los peritos le hubiesen agregado a su estimación

personal y directa lo que para este caso resulte de la aplicación de las tablas sobre probabilidad de duración de la vida humana, que emplean las compañías aseguradoras, y teniendo en cuenta la edad del demandante al tiempo del dictamen.

"Con esta base de cálculo, procedía el que los peritos hiciesen el cómputo del monto del perjuicio material y del moral objetivado, en lo que se refiere al lucro cesante, o sea la merma en la producción económica del lesionado. Y este cómputo tenía que basarse en los datos que resultasen evidentes de las pruebas traídas a los autos, acerca de la normal productividad económica de Acevedo Torres si éste no hubiese sufrido el accidente y la productividad a que ha quedado sometido después de él, para fijar de ese modo la merma o disminución en aquélla, o sea el lucro cesante. Y asimismo el daño emergente, que consiste en el detrimento anterior o actual causado al demandante en su patrimonio material y en el moral objetivado por obra de las lesiones que sufrió.

"Esta pormenorización o detalle de los varios renglones que integran el daño moral objetivado y el material es indispensable para que pueda admitirse que un dictamen estimatorio de ellos se encuentra debidamente fundamentado."

De manera que se justificaba plenamente en este incidente de liquidación el nuevo peritazgo sobre avalúo de perjuicios, insinuado como necesario por la Corte en la parte que se acaba de transcribir de su fallo, para el efecto de fijar el *quantum* de la condenación, así como la traída al proceso de las tablas sobre probabilidad de la duración de la vida humana. Igualmente se justifica, dentro del proceso, la ya mencionada declaración del testigo Luis Alfredo Galán por contener datos informativos acerca de "la normal productividad económica de Acevedo antes del accidente que lo incapacitó", declaración que puede mirarse como un refuerzo para la convicción emanada de otras declaraciones de igual índole que figuraban ya en el expediente y que indudablemente obraron en el ánimo de la Corte para poder llegar a la condenación *in genere* que aparece en el fallo de cuyo cumplimiento y ejecución se trata hoy, como son las declaraciones de Próspero Pinzón y Enrique Pinzón, quienes declaran también acerca de las actividades a que se dedicaba el lesionado señor Acevedo y acerca de la cantidad que esas actividades le producían. Indicó al efecto el testigo Próspero Pinzón tal cantidad en la suma de ciento cincuenta pesos ($ 150) mensuales y cien pesos ($ 100) mensuales fue la indicada por el testigo Enrique Pinzón.

Por su parte el testigo que declaró durante el incidente de liquidación, señor Luis Alfredo Galán, de quien antes se habló, expuso que esas ganancias sumaban la cantidad de cien pesos ($ 100) mensuales.

La cantidad de cien pesos ($ 100) mensuales, de que se acaba de hablar, la acogieron como aceptable los peritos en su dictamen rendido en este incidente sobre la liquidación de la indemnización debida al demandante; y fue también la que tuvo en cuenta el Tribunal sentenciador como base de los cómputos por él hechos para llegar a la cantidad líquida por la cual expidió la condenación, a cargo de la Nación, en el auto del cual conoce ahora la Sala.

Interesa observar que en el peritazgo del incidente de liquidación, los peritos médicos, doctores Edmundo Rico y Gonzalo Piñeros, después de algunas consideraciones especialmente de carácter técnico, llegan a la siguiente conclusión:

"Como consecuencia de lo anteriormente expuesto se concluye que el monto en dinero por los perjuicios de orden material como de los morales objetivados sufridos por Luis Eduardo Acevedo Torres en el siniestro de Santa Ana, ocurrido el 24 de julio de 1938, son como sigue:

"Perjuicios materiales:

"Por la pérdida total y definitiva del ojo izquierdo ... ...$	10.000.00
"Por las cicatrices de 1º y 2º que por vida le desfiguraron el rostro.	5.000.00
"Por la neuritis traumática permanente y definitiva que le impide el libre juego y manejo de la mano derecha	3.000.00
"Perjuicios morales objetivados:	
"Por la gravísima e incurable neurosis traumática	22.000.00
Total.....$	40.000.00"

Esta apreciación pericial la modificó el Tribunal, según aparece de la transcripción antes hecha de la parte resolutiva de su fallo, en el sentido de que si bien conserva intacta la partida correspondiente al valor de los perjuicios morales, fijado en la cantidad de veintidós mil pesos ($ 22.000), la condenación restante en lugar de ascender a diez y ocho mil pesos ($ 18.000), subió sólo a la cantidad de diez y siete mil seiscientos cincuenta y nueve pesos con veinte centavos ($ 17.659.20), de manera que la diferencia entre el avalúo pericial, o sea entre la suma redonda de cuarenta mil pesos ($ 40.000) y la correspondiente a la condenación del Tribunal ($ 39.659.20), fue sólo de la cantidad de trescientos cuarenta pesos con ochenta centavos.

Es por tanto pertinente precisar el procedimiento que llevó al Tribunal a adoptar una li-

quidación de los perjuicios que, si bien en su monto se acerca manifiestamente a la cuantía aceptada por los peritos, no coincide, sin embargo, exactamente con ella según aparece de la diferencia de que se acaba de hablar.

En efecto, de acuerdo con las voces del auto del Tribunal, esta entidad se guió por la jurisprudencia sentada por la Sala de la Corte, en fallo dictado en el juicio de Marta Moreno contra el Departamento de Antioquia (*Gaceta Judicial*, tomo LV, número 1996 y 1997, página 149), y al respecto observa el mismo Tribunal:

"El sistema allí acogido párte de la siguiente fórmula:

"Conocida la edad de la víctima y la del reclamante, se busca la vida probable de ambos en las tablas respectivas; y en el cuadro de las tablas que indican el valor actual o cantidad que debe imponerse en un banco, al interés del 6% anual para obtener una renta de un peso anual durante cierto número de años; se busca también lo que debe consignarse por cada peso, correspondiente a los años de esa vida probable menor. Esta cantidad se multiplica por la renta anual que dejó de recibir el reclamante debido a la muerte de la víctima, o a heridas, según el caso, y la cantidad que arroje esa operación, es la suma que debe pagarse como indemnización.

"La operación en el caso de autos resulta así:

"Vida probable de Luis Eduardo Acevedo, es decir, lo que aún le queda por vivir, según las tablas de probabilidades de vida traídas a los autos: 37 años.

"Cantidad que debe depositarse para obtener un peso cada año durante 37 años: $ 14-716. Pero como en lugar de un peso, la renta anual era de $ 1.200, se multiplica por esta cantidad, y viene a dar $ 17.659-20, que es la suma que representa el valor de la indemnización por concepto de perjuicios materiales."

Se advierte desde luégo que la Corte en el presente fallo habrá de conservar el sistema de liquidación esbozado por el Tribunal en la transcripción que precede, pero con una rectificación ya acordada también por la Corte para otros asuntos similares al presente (auto de 14 de junio de 1944, dictado en el juicio de Encarnación Martínez de Fandiño contra la Nación), rectificación consistente en que no hay lugar a someter al resultado de la fórmula matemática, en la cual están basadas las tablas seguidas por el Tribunal y que figuran publicadas en el número de la *Gaceta Judicial*, antes citada (juicio de Marta Moreno contra el Departamento de Antioquia), lo que respecta a las mensualidades ya vencidas a partir del acontecimiento que originó los perjuicios, mensualidades aceptadas para el presente caso a razón de cien pesos ($ 100), y cuya suma hasta el momento de ser dictado el fallo constituye un lucro cesante ya consumado en el tiempo, habiendo lugar entonces simplemente a una operación aritmética de adición para fijar la cantidad pagadera por el tiempo corrido y sin lugar a descuento de ningún género en cuanto a esa cantidad.

Así, y dentro de un prudente margen de aproximación, consistente en dar por vencida una anualidad aunque falte aún el transcurso de meses o de días para ello, habría lugar a estimar en el presente caso que, habiendo ocurrido el accidente aéreo de Santa Ana el día 24 de julio de 1938, han transcurrido seis años desde que el señor Acevedo Torres dejó de producir, es decir, desde que ha venido sufriendo perjuicios efectivos en forma de lucro cesante. De manera que computado ese lucro cesante a razón de cien pesos ($ 100) por mes, resulta en los setenta y dos meses, correspondientes a los seis años, la cantidad de siete mil doscientos pesos ($ 7.200), cantidad que debe ser pagada sin lugar a deducción alguna.

Deducidos los seis años que acaban de ser computados del término probable de la vida del señor Acevedo, según la tabla que figura en autos, le quedarían así 31 años de vida probable.

A este número de años de vida probable corresponde en la tabla matemática, publicada en los antes citados números 1996 y 1997 de la *Gaceta Judicial*, tomo LV, página 419, la cantidad de $ 13-911. De consiguiente esta cifra habrá de ser multiplicada por la de 1.200, correspondiente a los $ 1.200 del lucro cesante futuro por año, que se ha aceptado como base para la estimación de los perjuicios sufridos por el señor Acevedo Torres. Resulta de ahí la cantidad líquida de diez y seis mil seiscientos noventa y tres pesos con veinte centavos ($ 16.693.20).

De manera que, en resumen, se tiene:

Valor de las anualidades ya vencidas .....$	7.200.00
Valor de las anualidades por vencer	16.693.20
Suma.....$	23.893.20

Resulta así que la cantidad que definitivamente se le debe pagar al señor Acevedo Torres es

la suma indicada de veintitrés mil ochocientos noventa y tres pesos con veinte centavos ($ 23.893.20), en lugar de la de $ 39.659.20, señalada en su fallo por el Tribunal de Bogotá.

Se ve de esta manera que, aunque el Tribunal sometió a descuento, según las tablas matemáticas, el monto total de las mensualidades, en lugar de haberle resultado como monto cierto de la indemnización una suma menor que la señalada aquí aceptable por la Corte, hubo de resultarle en verdad, una cantidad mayor.

Se explica ello por cuanto ocurre que los *perjuicios morales objetivados* fueron los de mayor importancia, como originados de la *neurosis traumática,* que le quedó a Acevedo y que lo inhabilitaron prácticamente para llevar a cabo cualquier trabajo lucrativo, según lo conceptuado fundadamente por los expertos, y así que las incapacidades de otro origen, como el de la pérdida de un ojo, etc., quedan absorbidas por la incapacidad absoluta y más comprensiva originada de la neurosis traumática mencionada, en calidad de incapacidad total.

Justamente el cómputo de mensualidades de cien pesos, para fijar el monto de los perjuicios, y que corresponden a daño patrimonial, se hizo a base de la incapacidad de que se acaba de hablar, emanada de la *neurosis traumática,* incluídos esos daños, precisamente en la categoría de *perjuicios morales objetivados,* y según lo que expusieron los peritos en el incidente, al folio 11 del cuaderno de pruebas.

Cabe observar aquí que se transcribió al principio de este auto parte del escrito de liquidación de perjuicios hechos por el apoderado del actor en el juicio, por cuanto en el último párrafo de los transcritos aparece expresamente declarado por el representante del interesado mismo que "como el lucro cesante es único y la neurosis traumática fue y es la resultante de todas las otras lesiones sufridas por Acevedo, la indemnización de perjuicios puede limitarse a las causadas por ella, sin incluír, obvio es, el valor de la indemnización por perjuicios morales subjetivos ya fijada por la Corte".

De manera que el Tribunal de la primera instancia incurrió en error manifiesto al desconocer que el lucro cesante en este caso es "único" como lo dice, con razón, el propio representante de la parte demandante, según se acaba de ver, y al computar así, prácticamente dos veces en su fallo, un mismo lucro cesante.

En armonía con lo que se deja expuesto, habrá lugar a reformar el auto apelado en el sentido de reducir la condenación a cargo de la Nación, a la cantidad de veintitrés mil ochocientos noventa y tres pesos con veinte centavos ($ 23.893.20).

Para terminar esta providencia cumple observar que el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su escrito de fecha 3 de febrero del año en curso, presentado ante la Corte, solicita la revocación del auto apelado y que "en su lugar se decida la total liberación de la parte demandada".

Estudiado el referido escrito del señor Procurador Delegado en lo Civil, se llega siempre a la conclusión de que, sobre la base de una condenación *in genere,* por perjuicios, hecha a cargo de la Nación, le bastaba al demandante que había obtenido a su favor la condenación de que se acaba de hablar, y para lograr el consiguiente reconocimiento de una cantidad líquida (artículo 553 del Código Judicial), cumplir con las bases de liquidación señaladas en la sentencia condenatoria.

Y así procedió la parte actora, ya que de manera idónea quedó comprobada la incapacidad de por vida que le quedó al demandante por consecuencia del accidente de aviación. Como dicha incapacidad origina un lucro cesante, el punto de la vida probable del damnificado para efectos del monto de la indemnización, a base de ese lucro cesante de carácter vitalicio, quedó establecido con la tabla obtenida de la *Compañía Colombiana de Seguros de Vida* sobre vida probable de las personas, prueba la referida que el señor Procurador no tacha, sino que, por el contrario, expresamente acepta como valedera, y a la cual expresamente también aludió la Corte y la autorizó al señalar bases para la liquidación, y según aparece de la transcripción antes hecha en el presente auto.

Finalmente, por lo que respecta a la declaración del señor Luis Alfredo Galán que el señor Procurador Delegado tilda de ser única en el incidente que toca con la inhabilidad del damnificado para trabajos remunerativos y sobre el monto de la ganancia mensual que en ellos obtenía, se tiene que a este propósito figuran también en autos las declaraciones contestes de los señores Pinzón (Próspero y Enrique, folios 28 y 30 del cuaderno número 5), declaraciones de las cuales antes se habló, y que sirvieron de punto de apoyo a las apreciaciones del dictamen pericial, y que no pueden ser desestimadas en este auto sobre simple liquidación de perjuicios.

Aparte todo ello de que en los conceptos periciales que figuran en el proceso, los peritos no

consideraron que esas declaraciones pudieran ser desatendidas por contener información inaceptable o cómputos probablemente errados, sino que por el contrario las hallaron dignas de ser tenidas en consideración.

Por razón de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia reforma el auto apelado en este asunto del señor Luis Eduardo Acevedo Torres contra la Nación, auto que lleva fecha 15 de septiembre de 1943 y que fue apelado sólo por el señor Fiscal 1º del Tribunal y no por la parte demandante, en el sentido de reducir la cuantía de la suma que la Nación debe pagar al demandante, por concepto de perjuicios materiales y morales objetivados, a la cantidad de veintitrés mil ochocientos noventa y tres pesos con veinte centavos ($ 23.893.20). En esta cantidad no queda incluida la de dos mil pesos que corresponden al mismo demandante por razón de perjuicios *morales subjetivos*, según la condenación de la sentencia definitiva, proferida por la Corte el treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, y de cuyo cumplimiento se trata.

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

Miguel Arteaga H., Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos

1.—En virtud de jurisprudencia reiterada por la Corte, y como la razón lo impone, por el acierto en esta clase de investigaciones, la economía de esfuerzos y el método, cuando se estudian titulaciones referentes a la propiedad territorial con origen remoto, lo primero que ha de hacerse es verificar la efectividad u operancia de esas titulaciones sobre el terreno, es decir, la concatenación entre los datos del título y los puntos arcifinios actuales que permitan localizar la adjudicación. Pues si esto no es posible, podría tenerse, en la hipótesis más favorable, un título teóricamente válido, pero realmente ineficaz, porque no podría servir para hacerle producir efectos en determinada zona o región y en una extensión también precisa y determinada. La Corte en varios fallos recientes sobre títulos relacionados con el subsuelo petrolífero, ha concedido importancia a la dilucidación de este punto inicial en los estudios de este género, aplicando un criterio que es obligatorio, por la naturaleza del asunto, y que exige la determinación del objeto de la adjudicación hecha por el Estado, a la cual se le quieren deducir ulteriores consecuencias, así como es necesario también, por ordenamiento de la ley sustantiva, que la materia a que se contraen en general los actos y declaraciones de voluntad se determine de modo preciso e inconfundible, siendo éste uno de los requisitos esenciales para la validez de esos actos jurídicos.

Para poder llevar sobre el terreno una adjudicación, tomando como base lo en ella previsto o dispuesto, se necesita que del título aparezcan datos arcifinios suficientes que permitan localizar el área respectiva en un sitio dado y en una extensión determinada o determinable. Si el documento del título no contiene esos datos, la adjudicación no podrá, por sí misma, localizarse en el terreno. Pero ya también lo ha dicho la Corte, que a los datos del documento del título pueden agregarse, con eficacia probatoria actual, razonablemente aceptable, los actos de ejecución próximos a la expedición del título —cuando se trata de adjudicaciones muy remotas—, pues si "aparece que se ocupó, con base en el título, una determinada extensión en el lugar señalado por aquél, servirá ello para deducir, con humana y bastante posibilidad de acierto, que según tal posesión u ocupación debió haberse otorgado efectiva y legalmente la adjudicación de que se trata, en la extensión y con el carácter con que se ejecutó, y que debe, por tanto, reconocérsele hoy ese valor. Cualquier comprobación que sea conducente y eficaz para establecer alguna o algunas de las circunstancias de que se ha hecho mérito, sobre las medidas de las tierras y lo en ellas comprendido, o sobre los linderos de las mismas y lo que ellos abarcan, o sobre la ejecución ulterior de actos que materializaron en el terreno las medidas o los linderos, son admisibles hoy para establecer el objeto de las adjudicaciones antiguas. Tales adjudicaciones se hicieron con el criterio del cultivo y aprovechamiento económico de las tierras, y el Soberano español no se desprendió de ellas sino bajo la condición de que se cultivasen y trabajasen; en esto no hubo liberalidad o indulgencia sino severidad, pues las tierras debían volver al patrimonio real si los adjudicatarios no satisfacían dicha obligación. Por eso, la inteligencia que hoy ha de darse a aquellas adjudicaciones lleva a no extenderlas, sino a limitarlas más bien a su justo contenido, relacionándolo con la explotación de las tierras, porque así se dieron, limitadas, bien fuese por medidas o por linderos, pero con una área precisa o precisable desde cuando se otorgaron. Si no es posible establecer, ni las medidas, localizadas o relacionadas cuerdamente con el terreno, ni los linderos, y si por otra parte no existen datos que acrediten actos posesorios y de ejecución próximos al nacimiento del título, que sirvan para explicar cómo él se tradujo materialmente, habrá que concluír que los títulos no demuestran a qué área determinada se refieren, y que, por consiguiente, fue-

ron ineficaces en su origen para sacar del patrimonio real una porción de tierra y trasladarla al patrimonio particular". Esto que se ha dicho por la Corte en orden a fijar un criterio para juzgar de la validez operante de las adjudicaciones antiguas, haciendo alusión a las medidas y a los linderos para determinar su contenido, es aplicable con mayor razón cuando los datos consignados en el título no sirven siquiera para ubicar en un sitio la adjudicación, por la vaguedad e imprecisión de las referencias a lugares conocidos, determinados desde el origen del acto administrativo que dio nacimiento al título, o determinables posteriormente.

2.—La Corte considera que una alusión a un título expedido por el Estado, en contratos que celebran particulares, sin la intervención de aquél, no puede servir para reconocerle validez a una adjudicación que se dice fue hecha por las autoridades administrativas de la Colonia.

3.—La Corte, al estudiar la legislación indiana, anotó en otra ocasión que era indispensable el requisito de la posesión de la merced al adjudicatario, pues una merced perfecta teóricamente, pudo haber quedado sin efecto por no haberse dado esa posesión.

4.—Entiende la Corte que la posibilidad de una revisión en juicio ordinario de lo que se ha resuelto o fallado en un juicio especial y sumario sobre petróleos, no implica que carezca de firmeza y estabilidad bastantes, relativas a los fines perseguidos en los juicios sumarios, lo que en ellos se decide. Las oposiciones a la celebración de contratos para explorar o explotar petróleos, surgen de la pretensión, manifestada por el proponente del contrato, de explotar a nombre del Estado y como petróleo de la Nación, el que se encuentre en el subsuelo del terreno a que se refiere la propuesta; y la oposición versa naturalmente sobre el mismo lote de terreno comprendido en ella. En torno a este único y común objetivo se desenvuelve el proceso que forma el juicio breve y sumario: el lote o porción a que se contrae la propuesta de contrato, que es el mismo a que se contrae la oposición. De esta suerte, adelantando el trámite del juicio hasta su decisión, la sentencia que le pone término debe referirse al objeto sobre el cual rodó la controversia, y a nada más que a él. Los juicios sumarios sobre petróleos no son juicios de dominio; son juicios en que se decide por razones sacadas del estudio de las pruebas acerca de la propiedad, que se puede o nó perfeccionar un contrato de esta clase; pero el fallo no declara dominio; estudia la propiedad, pero no decide respecto a su existencia en determinada persona; resuelve tan sólo que una persona puede o nó contratar con el Gobierno, por estimarse que son baldíos los terrenos de que se trata, o porque al contrario, aparecen, para los fines contemplados en el juicio sumario, como de propiedad particular con anterioridad al 28 de octubre de 1873. En los juicios declarativos de dominio las sentencias que se pronuncian deciden que un bien pertenece en propiedad a una persona, y tal declaración obliga en todas las circunstancias a las partes que se comprometieron en el litigio. Mas no ocurre lo propio cuando lo que se declara no es la propiedad en cabeza de una persona, sino el derecho a perfeccionar un contrato, por consideraciones tocantes con el dominio, pues el juicio, que versa sobre un bien determinado —el que constituye el objeto de la propuesta de contrato y el de la oposición al mismo— y el fallo que le pone término, tienen que limitarse a lo que es materia de la controversia, al lote o porción de terreno en ella contemplado, y a nada más. Si fuéra del lote de la propuesta y de la oposición, los títulos que se aducen favorecen o pueden favorecer extensiones distintas, como el juicio, se repite, no es declarativo de dominio sobre el globo más grande a que los títulos se refieren, sino permisorio de contrato sobre la extensión comprendida en la propuesta, si posteriormente surge una diferente respecto de otra parte distinta del área de la primera, aunque comprendida dentro del globo general que abarcan los títulos, esa nueva propuesta constituye un nuevo caso decisorio para la justicia, que deberá recibir fallo separado. Hay cosa juzgada si se superponen dos propuestas sucesivas sobre un mismo lote de terreno, cuando acerca de la primera se ha proferido fallo, pues entonces el objeto es idéntico; pero si los lotes no se superponen, sino que son distintos, la falta de identidad de objeto indica que no se llena uno de los requisitos esenciales para que se produzca el fenómeno de la cosa juzgada.

5.—Por "sobras" se entendía en el derecho indiano que rigió en el Virreinato de Santafé, los excesos, sobrantes de una adjudicación, lo que quedaba después de hecha, en un punto o sitio, o dentro de unos linderos, y que tenía el mismo carácter realengo de la tierra adjudicada.

6.—Las tierras no podían pasar del poder de la Corona al de los particulares sino en virtud de actos dispositivos del Soberano, que constituían el título para la entrega de la tierra, o que saneaban situaciones anteriores de ocupación sin título. Las sobras eran excesos, a la luz del derecho, y éstos se reputaban ilegítimos si acerca de ellos no se obtenía título. Las sobras, respecto de una adjudicación, quedaban comprendidas en el concepto de excesos y podían ser denunciadas por persona distinta del titular de la adjudicación a que las sobras se referían. Las sobras, según el derecho indiano, eran realengos, como todas las tierras de esta clase, que se podían obtener en adjudicación mediante los trámites establecidos: estaban sujetas al otorgamiento de un título nuevo, en unos casos, cuando se pretendían por terceras personas en relación con el primer adjudicatario; y en otros, exigían, para su obtención como bien patrimonial privado, el de su mensura y entrega por medidas o por linderos, según las reglas generales de enajenación de tierras del Soberano.

7.—En lo referente a prescripción de tierras ya dijo la Corte, con razones sacadas del estudio de la legislación indiana y española, cómo los estatutos sobre tierras en las Indias hacían parte del derecho público, no del derecho civil, y que se dictaron contemplando la situación de los dominios reales en las Indias, diferente a la situación patrimonial del Soberano en la Península. Y que esas normas especiales del derecho indiano no configuraban nunca la prescripción adquisitiva de las tierras realengas, con el criterio que venía desde los romanos; sino una prescripción, llamada así tal vez impropiamente, pues consistía en la adquisición de las tierras realengas cultivadas o explotadas, en cuya posesión se protegía y respetaba a los que la realizaban, pero quedando sujetos siempre a la obtención del título de adjudicación o merced.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, catorce de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Ministerio de Guerra, por conocimiento especial del negocio, envió a la Corte, para los fines previstos en la Ley 160 de 1936, el expediente formado por la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos presentada a esa dependencia administrativa por el señor Hernando Franco C., respecto a unos terrenos situados en los Municipios de Rionegro, Lebrija y Puerto Wilches. En el trámite que allí recibió el asunto, surgieron varias oposiciones acerca de la propiedad del petróleo que en el subsuelo de esa zona se encuentre. Sobre ellas ha de declarar la Corte si son fundadas, por haberse acreditado el dominio particular que se pretende.

La propuesta de contrato.

Con el número 43 se registró en el Ministerio una primera propuesta que a nombre del señor Franco hizo su apoderado el doctor Eduardo Piñeros y Piñeros, la que habiendo sido rechazada por deficiencias legales, se modificó por el mismo apoderado, quien presentó con las modificaciones exigidas, la que vino a ser en definitiva la propuesta marcada con el número 58, que admitida posteriormente en aquel Despacho del Gobierno ha dado origen a la tramitación de que conoce la Corte Suprema de Justicia.

En la resolución del Ministerio que admitió la propuesta, se declaró que ello se hacía para la exploración y explotación de petróleo en un lote de terreno de una extensión superficial de cuarenta y ocho mil novecientas setenta hectáreas (48.970) situado en los Municipios de Rionegro, Lebrija y Puerto Wilches, del Departamento de Santander, y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Partiendo de la confluencia de la quebrada Juntas con la quebrada Santos Gutiérrez, punto que se halla a una distancia de 3.575 metros y con rumbo verdadero S-71°35' E del puente del ferrocarril de Puerto Wilches sobre la quebrada Piñal, punto en el cual se determinó la declinación magnética como se comprueba con la documentación adjunta, sigue la línea en dirección a la cabecera oriental de la sabana de Torres, a dar a esta cabecera. La línea que une estos dos puntos tiene una longitud de mil setecientos cuarenta (1.740) metros y rumbo de ochenta y dos grados y veinticinco minutos Suroeste (S-82°25'W). De allí sigue el lindero por el borde Norte de la sabana de Torres y en dirección hacia el Occidente, hasta dar al punto en donde nace la quebrada de Puyana. La línea que une estos dos puntos tiene una longitud de ocho mil quince (8.015) metros y rumbo de sesenta y nueve grados al Noroeste (N-69°00'W). De ahí sigue el lindero por la quebrada de Puyana aguas abajo, hasta dar al punto en donde la corta el antiguo camino de Paturia. La línea que une estos dos puntos tiene una longitud de mil setecientos setenta y cinco (1.775) metros y un rumbo de ochenta grados treinta minutos al Noroeste (N-80°30' W). De ahí vuelve el lindero por una recta de mil seiscientos (1.600) metros y con

rumbo de once grados al Suroeste (S-11º00' W) a dar a la confluencia de la Toma de Orvegoso con la quebrada de La Gómez. Desde el origen de esta alinderación hasta la confluencia de la Toma de Orvegoso con la quebrada de La Gómez, la línea sigue por el lindero de las propiedades del señor Roberto A. Joy. Del punto de confluencia de la Toma de Orvegoso con la quebrada de La Gómez, el lindero sigue por la quebrada de La Gómez aguas abajo, hasta un punto que queda sobre ella a una distancia del anterior de cuatro mil quinientos treinta y cinco (4.535) metros y un rumbo de setenta y cinco grados, cinco minutos al Noroeste (N-75º05' W). De este punto vuelve la línea en una longitud de diez y siete mil metros (17.000) y rumbo de veintidós grados Noreste (N-22º00' E) a dar en un punto situado en la margen izquierda del río Lebrija. En esta parte linda la presente propuesta con la presentada por el señor Rez Townsend a nombre de la Compañía de Petróleos de Carare. De allí vuelve el lindero en una dirección Este astronómico y en una longitud de veintiún mil cuatrocientos ochenta (21.480) metros, y de allí vuelve en dirección Sur astronómico y longitud de catorce mil cuatrocientos sesenta (14.460) metros a dar a un punto en la orilla izquierda del río Lebrija. De ahí sigue el lindero por el río Lebrija aguas abajo hasta la confluencia de la quebrada de Doradas. La línea que une estos dos últimos puntos tiene una longitud de tres mil setenta (3.070) metros y rumbo de treinta y nueve grados al Suroeste (S-39º00' W). Se sigue esta quebrada aguas arriba hasta la confluencia con el arroyo Carreño, y por este arroyo aguas arriba hasta un punto cerca de su nacimiento. La línea que une el punto de confluencia de Doradas con el punto cerca del nacimiento del arroyo Carreño tiene una longitud de diez mil novecientos ochenta (10.980) metros y rumbo astronómico de veintiséis grados y cuarenta y cinco minutos al Suroeste (S-26º45' W). Del punto del nacimiento del arroyo Carreño vuelve hacia el Noroeste en sesenta y ocho grados y treinta minutos (N-68º 30' W) y con una longitud de dos mil setecientos (2.700) metros, a dar al punto en donde la quebrada llamada Pantanos de Zúñiga corta la trocha de Nieto, punto en donde hay una pequeña laguna; de este punto sigue el lindero por la quebrada de los Pantanos de Zúñiga hasta su confluencia con la quebrada de El Callejón; aguas abajo, hasta su confluencia con la quebrada de las Contraguas, y por la quebrada de Contraguas aguas abajo, hasta la quebrada Santos Gutiérrez, y por ésta abajo hasta la confluencia con la quebrada de Las Juntas, punto de partida. La línea que une la intersección de la quebrada de los Pantanos de Zúñiga con la trocha de Nieto, y la confluencia de las quebradas de Las Juntas y Santos Gutiérrez, tiene una longitud de siete mil ochocientos sesenta (7.860) metros, y un rumbo de veinte grados y cuarenta y cinco minutos Noroeste (N-20º45' W). Desde la intersección de la quebrada de los Pantanos de Zúñiga con la trocha de Nieto, punto enunciado anteriormente, y la confluencia de la quebrada de Juntas con la Santos Gutiérrez, el lindero va siguiendo los de la propiedad del señor Roberto A. Joy."

Las oposiciones.

Durante el término hábil para hacerlas fueron presentadas seis oposiciones, sobre las cuales el Ministerio de Guerra, al cual le tocó intervenir por impedimento del Ministro de Minas y Petróleos, declaró no admisible la que propuso el doctor Miguel S. Uribe Holguin como apoderado de los señores Robert Edgar Carr, Launcelet Macgregor Carr, Oswald Gilly Carr y de la señora Rosalie Emily Victoria Carr de Batheley Carr y de la señorita Aline Carr, por no estar comprendidos los terrenos de la oposición dentro de los de la propuesta, y dijo no ser el caso de darle curso a la oposición de la Compañía de Petróleos del Carare y del Sindicato de Inversiones, S. A., "por haberse adaptado a la alinderación de los mapas de dichas compañías los planos presentados por el proponente señor Franco y desaparecido la superposición de linderos que fue lo que dio motivo a dicha oposición". Las otras cuatro oposiciones, que declaró admisibles el Ministerio, son: 1ª la de Kunhart & Company, Inc., sobre el predio denominado El Volador; 2ª la de las señoras Ana Francisca Ordóñez de Uribe y María Antonia Delgado de Ordóñez, por los terrenos Cuesta Rica y Villa Nueva; 3ª la de la Richmond Petroleum Company sobre un extenso globo de tierra ubicado en la región a que la propuesta de contrato se refiere; y 4ª, la de American Educational Union, por los terrenos de Kostka o la Provincia. A estas últimas cuatro oposiciones debe contraerse el fallo de la Corte.

Estudia la Sala en primer lugar las oposiciones de Kunhart & Company, Inc., y la de American Educational Union, dejando para el final la de la Richmond Petroleum Company y la de las señoras Ordóñez de Uribe y Delgado de Ordóñez, por referirse estas últimas a unos mismos títulos.

Oposición de Kunhart & Company, Inc.

En el memorial en que se propuso manifestó lo siguiente el apoderado de la Sociedad opositora: ".... completo por medio de este memorial mi anterior escrito de oposición formal de la mencionada Casa al contrato o propuesta de con-

trato formulado por el señor Hernando Franco, toda vez que las líneas de tal proyecto invaden los terrenos de 'El Volador' de propiedad de los señores Kunhart & Company, Inc., como ya lo dije en mi anterior memorial, sobre el cual me fundo también ahora....; formulo la oposición referente a la propiedad del petróleo contenido en los terrenos de 'El Volador' por cuanto habiendo formado parte El Volador actual de la finca denominada 'La Luisiana', en el año de 1870, como se desprende de la lectura de los límites de tal finca en el adjunto certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bucaramanga..... es claro que el petróleo contenido en tales terrenos es de propiedad particular, ya que ellos salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873. ...Como entonces se dijo, habiendo El Volador formado parte de La Luisiana, es claro que goza de los privilegios concedias (sic) a esta finca, y con este certificado oficial del Registrador de Bucaramanga se prueba superabundantemente que El Volador, o mejor, el petróleo que se encuentre en tales terrenos, es considerado por el legislador colombiano como de propiedad particular, al tenor de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, tántas veces citada".

Se ha copiado lo principal del escrito de oposición para que se vea cómo se argumenta en él para demostrar la propiedad privada del petróleo de El Volador, finca de que es dueña la sociedad opositora, diciéndose que hacía parte de otro inmueble llamado La Luisiana, que fue adjudicado en el año de 1870 a José María Valenzuela, al disolverse la sociedad Ulpiano Valenzuela e hijo, según escritura 248 de 2 de agosto de ese año, como así lo acredita el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Bucaramanga. Todos los demás documentos allegados por el opositor se refieren a los varios actos jurídicos en virtud de los cuales la finca El Volador, desmembrada de La Luisiana, llegó, posteriormente al año de 1870, al dominio privado de la sociedad opositora. Con esa documentación podría acaso establecerse —punto sobre el cual no estima necesario la Sala detenerse— que realmente el predio El Volador hacía parte de La Luisiana, pero tal demostración en modo alguno acredita que los terrenos de que se trata, objeto de la oposición, salieron legalmente del poder del Estado y pasaron al de los particulares con anterioridad al 28 de octubre de 1873. El documento aducido como inicial en la documentación presentada, o sea la escritura número 248, de 2 de agosto de 1870, de la Notaría única de Bucaramanga, apenas da testimonio de que por medio de ese instrumento se declaró disuelta una sociedad mercantil y se adjudicó a José María Valenzuela la finca denominada La Luisiana, ubicada en el Distrito de Rionegro. Pero es obvio que admitido ese hecho y aceptado también que El Volador hacía parte de dicho inmueble, como el opositor limita a ese acto jurídico de incorporación de La Luisiana en el patrimonio de Valenzuela la prueba de que las tierras de la oposición habían salido legalmente del poder de la Nación antes del año de 1873, subrayando el hecho de que tres años antes, es decir en 1870, La Luisiana figuraba como perteneciente al señor Valenzuela, es obvio, se repite, que la demostración resulta incompleta para acreditar el traspaso de los terrenos de La Luisiana del dominio nacional al dominio privado.

Por hallarse El Volador en la región conocida con el nombre de Río del Pescado, parece sugerirse al final del escrito de oposición que la prueba que echa de menos la Corte no es preciso allegarla, admitiendo como demostrado que los terrenos del río Pescado "habían salido del dominio del Estado desde el año de 1707 y 1722, *lo que no es necesario probar aquí para los efectos legales* (subraya la Sala), bastándome comprobar, como ya quedó hecho al principio de este memorial, que El Volador formó parte de La Luisiana y con presentar el certificado a que tántas veces me he referido, en que consta, por certificado del Registrador actual de Instrumentos Públicos y Privados de Bucaramanga, que el día 2 de agosto de 1870 —es decir, con anterioridad al 28 de octubre de 1873— La Luisiana había salido del patrimonio del Estado..."

Fácil es observar cómo reiteradamente y por error el opositor pretende que con sólo el certificado del Registrador de Bucaramanga, que alude a la escritura de liquidación de la sociedad en que se adjudicó La Luisiana al señor Valenzuela, basta para demostrar que ella había salido del patrimonio del Estado antes de 1873; pues la circunstancia de figurar en actos entre particulares la finca La Luisiana, pasando del haber de una sociedad al de un individuo, acto en el cual la Nación colombiana no intervino comprometiendo su voluntad en favor del traspaso, en manera alguna sirve para demostrar que ese inmueble había salido legalmente del poder del Estado antes del año de 1873. Otro género de comprobaciones sería para ello necesario, a fin de establecer que la Nación se había desprendido del mencionado inmueble antes de la fecha contemplada y que éste, legalmente en poder de particulares, había pasado en 1870 al señor Valenzuela. Pero tales comprobaciones no se han traído por el opositor, quien expresamente reconoce la omisión al afirmar que no las aduce porque le basta

probar que El Volador formó parte de La Luisiana y que respecto de ésta se realizó el traspaso que acredita la escritura de 1870.

En vista de las anteriores razones, y por no haberse allegado la prueba de que las tierras a que esta oposición se refiere salieron legalmente del poder del Estado antes del 28 de octubre de 1873, la Corte ha de declararla infundada.

Oposición de The American Educational Union.

El apoderado de este instituto dice en el memorial en que presentó la oposición: "Dentro de los linderos generales a que la propuesta del señor Franco se refiere existe una propiedad particular, con títulos legítimos muy anteriores al año de 1873, cuyos actuales propietarios son mis representados, según se desprende de la documentación que acompaño a este memorial. Dicha propiedad, conocida con el nombre de Kotska o La Provincia, aparece relacionada en el memorial del proponente señor Franco al deslindar los diferentes lotes que componen el total de lo solicitado, de la manera siguiente: 'Primera. Partiendo de la confluencia de la quebrada Doradas con el río Lebrija, quebrada arriba hasta su confluencia con el arroyo Carreño; de allí línea recta al occidente magnético, y lindando con terrenos conocidos con el nombre de Doradas, hasta donde termina la línea de esta propiedad; de ahí vuelve la línea al sur magnético hasta dar cerca del nacimiento del arroyo Carreño, también lindando en toda esta parte con la citada propiedad particular llamada Doradas; de allí continúa la línea por los mismos linderos de la propuesta, conforme fueron relacionados atrás, o sea: primero, por la recta de dos mil setecientos (2.700) metros y rumbo de (N-68° 30' W) a dar al cruzamiento de la quebrada Pantanos de Zúñiga con el camino viejo de Paturia, y de allí por las quebradas Pantanos de Zúñiga, Callejón, Contraguas y Santos Gutiérrez hasta la confluencia de ésta con la quebrada de Las Juntas; de ahí se sigue por la quebrada de Santos Gutiérrez abajo hasta encontrar la trocha que de la sabana de Torres va al Astillero o Astilleros, y de ahí siguiendo por toda la trocha hasta llegar al mencionado punto de Astilleros y en la banda izquierda del río Lebrija; de este punto río Lebrija arriba hasta donde le entra la quebrada de La Tigra, en la banda derecha del río; quebrada de La Tigra arriba hasta el punto llamado La Cruz; de ahí se toma la trocha hasta Puerto Santos, y de ahí río Lebrija arriba hasta la boca de la quebrada de Doradas, punto de partida. Estos terrenos forman la propiedad conocida con el nombre de La Provincia, de The American Educational Union'. Al comparar los anteriores linderos con los descritos en los títulos de adquisición de mis representados, se ve claramente que se trata de los mismos terrenos que forman la propiedad de Kotska o La Provincia, con la diferencia de que la relación de linderos en los títulos está hecha en sentido contrario de como aparece en la propuesta. En virtud de lo que acabo de exponer, y siendo los terrenos de La Provincia de propiedad particular, cuyos títulos se remontan a una época muy anterior al año de 1873, los actuales propietarios del suelo son dueños igualmente de los petróleos y demás hidrocarburos que puedan existir en el subsuelo respectivo."

Para fundar la oposición se aducen y alegan los siguientes hechos principales:

"1º Según aparece en el Protocolo de Girón, de 1700 a 1708 (f. 118, diciembre 20 de 1700; f. 183, julio 6 de 1702), fue adjudicada por el Gobernador de Girón a la Compañía de Jesús, de Pamplona, una gran extensión de terreno del puerto de Botijas para abajo, región de Corotá. 2º El día 16 de octubre de 1701, el Gobernador de Girón, don Diego Mantilla de los Ríos, adjudicó al Capitán Bernardo Navarro tres estancias de ingenio de un lado y otro del río de Lebrija cerca del sitio que actualmente ocupa Puerto Santos. 3º El 26 de enero de 1734 se adjudicó a don Domingo Gutiérrez Lasso una extensión considerable de terreno, por ambos lados del río de Lebrija, desde la boca de la quebrada de La Tigra, río de Lebrija arriba hasta la vuelta del Tagual; la adjudicación la firma el Gobernador de Girón, don Pedro Velásquez, confirmando la ya hecha al mismo Gutiérrez Lasso sobre los mismos terrenos por el Gobernador don Bernabé de Navas. Según el texto de esta adjudicación, tanto por la parte de arriba como por la parte de abajo existían en 1734 terrenos de propiedad particular, cuyos dueños eran Roque Ruiz, Agustín Ruiz, Antonio de Mendoza, Sebastián Alvarez y otros sujetos. 4º Los terrenos adjudicados a Bernardo Navarro fueron vendidos a don Francisco Benedicto Mantilla de los Ríos, quien los vendió a don Bernabé de Navas, éste a su turno a don Jerónimo de Medina y éste a otros individuos, como consta en el Protocolo de Girón, de marzo a septiembre de 1738. 5º Los terrenos adjudicados a Domingo Gutiérrez Lasso correspondieron en la sucesión de este señor a su viuda doña Francisca María Nieto, quien los vendió a Bernardo Regueros, Bernardo de Velandia, Agustín Páez, Antonio Orozco (abril 12 de 1736, protocolo de Girón de 1735 a 1737, folio 15), y el resto de tales terrenos los vendió la misma a Juan José Pérez por escritura de 3 de julio de 1741, que aparece a folios 25 vuelto del Protocolo de Girón, correspondiente a los años de 1740 a 1750.

6º Al folio 359 del protocolo de Girón, correspondiente al año de 1720, aparece la escritura de abril 24 del mismo año, en que consta que fueron adjudicadas por el Gobernador de Girón, don Diego Mantilla de los Ríos, a Juan Albarca de la Riba tres estancias de ganado mayor sobre el río Lebrija, de la boca de la quebrada de Doradas, río abajo de Lebrija. 7º Con base en los anteriores títulos y otros que aparecen en la época colonial, que como se ve abarcan desde arriba de la quebrada Doradas hasta la boca de la quebrada Platanales o El Salto (afluente de la banda derecha del río Lebrija, abajo de La Tigra), los terrenos de que se trata fueron objeto de una serie de ventas desde el año de 1700 hasta el año de 1790, en el cual ya pertenecían a un solo individuo: don Miguel de la Prada. En la enorme cantidad de ventas e hipotecas de que fueron objeto tales terrenos, de 1700 a 1790, se mencionan las quebradas de Martín López, Pital, Guineol, Tortuga, Guacamayas, Doradas, Perico, Musanga, Peñas Blancas, Regueros (caño), Tigra, Platanales o El Salto, etc. Y los sitios de Botijas, Pital, Guineo, Guacamayas, Perico, Tortuga, Peñas Blancas, Barranquillas, Santa Cruz, Vuelta del Tagual, Boca de la Tigra, El Astillero o Astilleros, Boca del Salto o la Palizada, etc., sitios y quebradas cuyos nombres se conservan aún, y el Ministerio los conoce suficientemente por el estudio de sus técnicos y por los mapas de la región.'"

Después de relacionar el opositor los numerosos títulos a que aludió, referentes a actos entre particulares entre 1700 y 1759, dice: "Sigue una serie de ventas e hipotecas sobre todos estos terrenos, constancias en testamentos de que Alejandro Cifuentes, Francisco Vargas y otros fueron dueños por distintos títulos, inclusive remates, como el de Manuel Mantilla que adquirió las estancias de Doradas para abajo que fueron de Lorenzo Uribe Salazar, y en fin una serie de actos hasta llegar al año de 1790, en que consta que don Miguel de la Prada había adquirido la totalidad del globo de tierra comprendido desde la desembocadura de la quebrada de El Salto en el Lebrija (bastante abajo de la entrada de La Tigra, como el Ministerio lo conoce por mapas y estudios) río arriba hasta un punto que entonces tenía el nombre de Papayales cerca del puerto de Botijas. Acompaño la cuarta copia notarial, expedida por el señor Notario Segundo de Bucaramanga (en donde se custodiaban los Protocolos de Girón en 1926, protocolos que están actualmente de nuevo en Girón), tomada del protocolo de 1790, folio 92, de fecha 30 de junio del mismo año, en que aparece declarando don Javier de la Prada que heredó de su padre don Miguel de la Prada todo aquel globo de tierras 'que comprende cien estancias más o menos', tierras ubicadas en jurisdicción del puerto de Cañaverales (Botijas o parroquia de los Cañaverales) en el sitio de Astilleros, comprendidas entre la boca de Papayales, río abajo hasta las palizadas abajo del Salto. Por el mismo título hace *donación remuneratoria* a su hijo el Padre don Ramón Javier de la Prada de todos aquellos terrenos. Antes de perfeccionar la cesión del dominio de los terrenos citados, o sea la cesión de junio de 1790, don Ramón Javier de la Prada acudió a las autoridades de Girón para que dieran comisión suficiente al Capitán Aguerra del Puerto de Cañaverales, para que pasará a medir y justipreciar las cien estancias que le donaba su padre. El 20 de junio del año citado se ordenó cumplir la comisión, y se principió la mensura y avalúo el 1º de julio o sea ya hecha la cesión. Esta mensura comenzó desde la Boca de La Palizada o El Salto (quebrada Platanales o El Salto) siguiendo durante cinco días, río Lebrija arriba de un lado y otro, hasta terminar la diligencia, con citación de colindantes. Acompaño copia notarial de la escritura número 2035, de 20 de agosto de 1926 de la Notaría 2ª de Bogotá, por medio de la cual se protocolizaron las diligencias que habían sido tomadas de su original en Bucaramanga, relativas a la entrega, mensura y avalúo de las cien estancias donadas a don Ramón Javier de la Prada en 1790, ubicadas en la región de Astilleros, río de Lebrija".

Explicados los fundamentos de la oposición en estudio, ha de referirse a ellos la Sala, teniendo en cuenta la documentación acompañada como prueba y las alegaciones del señor apoderado del opositor.

Pero antes de entrar en el examen de los títulos aducidos es oportuno recordar que a virtud de jurisprudencia reiterada varias veces por la Corte, y como la razón lo impone, por el acierto en esta clase de investigaciones, la economía de esfuerzos y el método, cuando se estudian titulaciones referentes a la propiedad territorial con origen remoto, lo primero que ha de hacerse es verificar la efectividad u operancia de esas titulaciones sobre el terreno, es decir, la concatenación entre los datos del título y los puntos arcifinios actuales que permitan localizar la adjudicación. Pues si esto no es posible, podría tenerse en la hipótesis más favorable un título teóricamente válido, pero realmente ineficaz, porque no podría servir para hacerle producir efectos en determinada zona o región y

en una extensión también precisa y determinada. La Corte en varios de sus fallos recientes sobre títulos relacionados con el subsuelo petrolífero ha concedido importancia a la dilucidación de este punto inicial en los estudios de este género, aplicando un criterio que es obligatorio, por la naturaleza del asunto, y que exige la determinación del objeto de la adjudicación hecha por el Estado, a la cual se le quieren deducir ulteriores consecuencias, así como es necesario también, por ordenamiento de ley sustantiva, que la materia a que se contraen en general los actos y declaraciones de voluntad se determine de modo preciso e inconfundible, siendo éste uno de los requisitos esenciales para la validez de esos actos jurídicos. No entraña por tanto una rigidez exagerada y sin fundamento legal la verificación que la Corte ha venido haciendo y que ha de hacer ahora del lleno de ese requisito. "Como las adjudicaciones se hacen —dijo la Corte, *Gaceta Judicial* 1987, página 900— 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 el mismo 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 alinderamientos 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... La determinación de una área se puede, pues, hacer, o directamente por su mensura, con la aplicación de medidas, o indirectamente fijando los límites o términos que la separan de otra u otras áreas contiguas. En ambos casos existe la determinación de la superficie, que para los fines que aquí se contemplan constituye el objeto de las adjudicaciones, sobre el cual recae el acto o declaración de voluntad del Estado".

Para poder llevar sobre el terreno una adjudicación, tomando como base lo en ella previsto o dispuesto, se necesita que del título aparezcan datos arcifinios suficientes que permitan localizar el área respectiva en un sitio dado y en una extensión determinada o determinable. Si el documento del título no contiene esos datos, la adjudicación no podrá, por sí misma, localizarse en el terreno. Pero ya también la Corte lo ha dicho, que a los datos del documento del título pueden agregarse, con eficacia probatoria actual, razonablemente aceptable, los actos de ejecución próximos a la expedición del título —cuando se trata de adjudicaciones muy remotas—, pues si "aparece que se ocupó, con base en el título, una determinada extensión en el lugar señalado por aquél, servirá ello para deducir, con humana y bastante posibilidad de acierto, que según tal posesión u ocupación debió haberse otorgado efectiva y legalmente la adjudicación de que se trata, en la extensión y con el carácter con que se ejecutó, y que debe, por tanto, reconocérsele hoy ése valor. Cualquier comprobación que sea conducente y eficaz para establecer alguna o algunas de las circunstancias de que se ha hecho mérito, sobre las medidas de las tierras y lo en ellas comprendido, o sobre los linderos de las mismas y lo que ellos abarcan, o sobre la ejecución ulterior de actos que materializaron en el terreno las medidas o los linderos, son admisibles hoy para establecer el objeto de las adjudicaciones antiguas. No hay que olvidar que las adjudicaciones antiguas, en casi toda la vida colonial, y según las razones que se han puesto de presente en otras partes de este estudio, se hicieron con el criterio del cultivo y aprovechamiento económico de las tierras, y que el soberano español no se desprendió de ellas sino bajo la condición de que se cultivasen y trabajasen; que en esto no hubo liberalidad o indulgencia sino severidad, pues las tierras debían volver al patrimonio real si los adjudicatarios no satisfacían dicha obligación. Por eso la inteligencia que hoy ha de darse a aquellas adjudicaciones lleva a no extenderlas, sino a limitarlas más bien a su justo contenido, relacionándolo con la explotación de las tierras, porque así se dieron, limitadas, bien fuese por medidas o por linderos, pero con una área precisa o precisable desde cuando se otorgaron. Si no es posible establecer ni las medidas, localizadas o relacionadas cuerdamente con el terreno, ni los linderos, y si por otra parte no existen datos que acrediten actos posesorios y de ejecución próximos al nacimiento del título, que sirven para explicar cómo él se tradujo materialmente, habrá que concluir que los títulos no demuestran a qué área determinada se refieren, y que por consiguiente fueron ineficaces en su origen para sacar del patrimonio real una porción de tierra y trasladarla al patrimonio particular". (Sentencia citada).

Esto que se ha dicho por la Corte en orden a fijar un criterio para juzgar de la validez operante de las adjudicaciones antiguas, haciendo alusión a las medidas y a los linderos para determinar su contenido, es aplicable con mayor razón cuando los datos consignados en el título no sirven siquiera para ubicar en un sitio la adjudicación, por la vaguedad e imprecisión de las referencias a lugares conocidos, determinados desde el origen del acto administrativo que dio nacimiento al título o determinables posteriormente.

Viniendo al caso sometido a la decisión de la Sala en el presente juicio sumario, han de hacerse algunas consideraciones tocantes con la localización de las tierras a que se refirieron o debieron referirse las mercedes aducidas como títulos originarios por la entidad opositora.

Siguiendo el orden en que en el memorial de oposición se hallan planteados los hechos que se dan como fundamento de ella, se tiene que el primero consiste en la adjudicación hecha a la Compañía de Jesús de una extensión de terreno del puerto de Botijas para abajo, región de Corotá. Para demostrarlo se aduce la venta que por escritura de seis de junio de 1702 hace Fadrique de Remi, apoderado del Colegio de la Compañía, a doña Paula Zeli de Galvis, de una estancia de ganado mayor, y otra a Juan Rivero a nombre del Colegio, el 20 de diciembre de 1700. En la primera se declara que el maestro de campo Francisco Mantilla de los Ríos le hizo merced a dicho Colegio de ocho estancias de ganado mayor, tres de ellas en el puerto de Botijas, una de las cuales constituye el objeto de la venta; y en la segunda, referente a una estancia de ganado mayor, se dice haber sido también adquirida por merced que al Colegio se le hizo de ocho estancias de esa clase. Tales son los únicos datos referentes al origen de la merced, o sea las referencias que se hacen en las escrituras de venta relacionadas. Se ignora completamente la fecha en que se hiciera la adjudicación de las ocho estancias y se desconocen otras circunstancias que seguramente debieron consignarse en la adjudicación, si ella se otorgó realmente. La Corte considera que una alusión como la que se deja explicada, a un título expedido por el Estado, en contratos que celebran particulares, sin la intervención de aquél, no puede servir para reconocerle validez a una adjudicación que se dice fue hecha por las autoridades administrativas de la Colonia. El propio señor abogado, al referirse en su alegato a este punto fundamental del título que se examina, dice, como única sustentación de su validez jurídica: "El segundo de éstos —(el B)— contiene la venta que de una estancia hace el apoderado de la Compañía a Joseph de Torres, afirmándose allí que a sus *poderdantes* se les había hecho adjudicación de varias estancias de ganado mayor, tres de las cuales estaban situadas en el río del Oro o Cañaverales o río de Lebrija (es el mismo) abajo de Puerto de Botijas". Imposible resulta jurídicamente, en el parecer de la Sala, darle a ese documento la validez que tuviera un título emanado del Estado. Pero aun admitiendo, en hipótesis, tal validez, con los datos de ubicación que él contiene, tampoco se podrían localizar las tres estancias a que alude, pues apenas expresa que estaban situadas *en el Lebrija, abajo del puerto de Botijas.* Tal indicación tan sólo señala o podría señalar una región o zona donde debió ubicarse la adjudicación, pero que bien podía ser *más o menos abajo* del puerto de Botijas, lo cual pone de manifiesto la indeterminación del área y la absoluta imposibilidad, con esos datos, de fijar su ubicación sobre el terreno.

Estas razones llevan a la Corte a desestimar como prueba en el presente juicio la que se ha aducido acerca de la merced de tres estancias de que se ha hecho mérito.

Respecto a la adjudicación relacionada en el punto segundo del memorial opositorio, al Capitán Bernardo Navarro, de tres estancias a un lado y otro del río de Lebrija, cerca del sitio de Puerto Santos, se aduce una documentación análoga a la del punto anterior, y que consiste en dos escrituras de venta que hace Jerónimo de Medina, la una a Faustina de los Reyes, y la otra a Francisco de Amaya, de unas estancias de tierra, expresándose en ambos documentos que el vendedor las había adquirido de don Bernabé de Navas, "quien las hubo del Comisario don Francisco Benito Mantilla de los Ríos, quien las adquirió del Capitán Bernardo Navarro, a quien fue hecha la merced en diez y seis de octubre de mil novecientos i un años por don Diego Mantilla de los Ríos, Gobernador y Capitán General Perpetuo que fue de esta Provincia, y están compuestas con su majestad como todo lo consta del título y demás instrumentos que se tienen entregados". Repite aquí la Sala la observación de que las referencias que se hacen por los comparecientes al título emanado del Estado, si bien un poco más concretas que las del caso anteriormente estudiado, pues se indica la fecha de la adjudicación y se expresa que los títulos se han entregado, posiblemente al escribano, tales referencias, por sí solas no son bastantes, en opinión de la Corte, para aceptar la existencia del título a que se alude y principalmente el contenido del mismo. No descarta la Sala, en el criterio de amplitud que han venido inspirando e inspiran sus decisiones en orden a interpretar y

fijar el valor de los títulos antiguos, la posibilidad de que estos documentos de que ahora se ocupa, que aunque no son un título originario del Estado sí contienen una alusión próxima a la expedición presunta del mismo, sirviesen, con otras comprobaciones ulteriores e inmediatas, para acreditar la realidad viviente de la adjudicación en el tiempo que siguió al otorgamiento de la merced. Esta se dice hecha en 1701; las ventas se otorgaron el 1738 (folios 16 a 18 del cuaderno 105). Pudiera decirse que estas ventas, si se demuestran aplicadas en el terreno, constituyen actos de ejecución material de la adjudicación, próximos al día en que se otorgó, y análogos a aquellos a que aludió la sentencia de la Corte antes transcrita en su parte doctrinaria. Sin embargo, tales documentos no permiten llegar hasta una deducción de esa naturaleza, porque con los datos de dichas escrituras de venta se confronta la misma dificultad de localización. En efecto, en la escritura a Faustina de los Reyes se lee: "una estancia de ganado mayor en el río de Cañaverales, sitio de Guacamayas... y es y se entiende la referida estancia desde una peña que hay frontera a dicho sitio de Guacamayas corriendo río abajo hasta donde alcanzare". Y en la escritura a Francisco de Amaya se dice: "un pedazo de tierra en dos y media estancias de ingenio en el río de los Cañaverales su primer lindero desde las cabeceras del brazuelo de Macías río abajo hasta donde llegasen las medidas por el lado de Ocaña". Las expresiones *en el sitio de Guacamayas corriendo río abajo* y *las cabeceras del brazuelo de Macías río abajo hasta donde llegasen las medidas por el lado de Ocaña* indican sitios de no fácil determinación, que imponen el conocimiento perfecto a su vez de los sitios de Guacamayas y de las cabeceras del brazuelo de Macías. No se afirma que exista una imposibilidad absoluta para la determinación de esos puntos, si se va al terreno y logra establecerse su ubicación actual en forma indubitable; pero la indeterminación ahora es evidente, pues el proceso sumario no acredita tal cosa. Por tanto, aquí también habrá de decidirse que es ineficaz la prueba allegada para demostrar la existencia de la pretendida adjudicación de tres estancias de ingenio al Capitán Bernardo Navarro.

En el punto 3º de los hechos aducidos en el memorial de oposición se afirma que el 26 de enero de 1734 se adjudicó a don Domingo Gutiérrez Lasso una extensión de terreno a ambos lados del río Lebrija, desde la boca de la quebrada de La Tigra, río Lebrija arriba hasta la vuelta del Tagual. Haciendo el señor abogado la sustentación de este hecho, afirma en su alegato que lo demostró con la copia notarial acompañada a la oposición, que contiene "una adjudicación perfecta hecha a don Domingo Gutiérrez Lasso, de seis estancias de ganado mayor a ambos lados del río Lebrija". La escritura lleva insertos varios documentos de la adjudicación. En el memorial en que se solicitó, se dijo: "Domingo Gutiérrez Lasso vecino de está ciudad, parezco ante v. sa. como más haya lugar en derecho y digo que... necesito de un pedazo de tierra para poder mantener y sustentar dicha familia en el río de los Cañaverales abajo que por dicho nombre llaman el río de Lebrija tierra remota con muchos bajios y anegadizos, por lo cual se a de servir vuestra señoría. Lo suplico de mandar se me haga merced de dicho pedazo de tierra, siendo el primer lindero desde la boca de La Tigra o boca de quebrada que hace allí río abajo hasta la Vuelta del Tagual lindando por la parte de arriba con tierra de Antonio Mendoza, y por la parte de abajo linda con tierras de Sebastián Alvarez. Entre uno y otro título de un lado y otro de el dicho río está el expresado pedazo que al parecer tendrá algo más de seis estancias de tierra mala y a pedazos buena (sigue una palabra ininteligible) que sea más de las expresadas seis estancias, pido y suplico se me conceda el pedazo debajo de los linderos expresados". Luégo se lee: "Vistas estas diligencias en que consta haberse citado a los vecinos inmediatos.... hago Med. a don Domingo Gutiérrez Lazzo.... de toda la tierra, que consta en su pedimento debajo de sus límites y linderos que señala en la petición inserta mediante a estar vacas y sin perjuicio de terceros ni de naturales!..." Fácil es ver cómo al expedirse el título se incurrió en la deficiencia que tenía la solicitud del interesado en cuanto a la alinderación y determinación del terreno; deficiencia relativa en el momento de otorgarse la merced, porque las indicaciones consignadas en aquel documento podían servír para ubicar el lote dentro de los colindantes entonces conocidos y a quienes se citó durante las diligencias; pero deficiencia absoluta hoy, a lo menos en lo que concierne al estado del presente juicio, porque los datos contenidos en el título a Gutiérrez Lasso no han pasado, hasta el momento de proferirse esta decisión, al terreno que se considera fue objeto de la adjudicación. Se trata aquí de una merced cuya localización real no se ha hecho y cuya ubicación teórica tampoco puede admitirse, con los datos examinados, porque se ignora cuáles sean o deban ser los linderos con las adjudicaciones de los colindantes de Gutiérrez Lasso, pues para ello habría necesidad de tener a la vista los títulos de esas otras adjudicaciones y de ellos deducir la ubicación de las mismas y su nexo de contigüidad

con la de Gutiérrez Lasso. Además, como bien lo observa la Procuraduría, no hay constancia en el expediente de que de la merced se hubiera dado posesión al adjudicatario, requisito que como lo ha anotado la Corte al estudiar la legislación indiana que regía la materia, era indispensable, y que es necesario acreditarlo hoy, pues una merced perfecta teóricamente pudo haberse quedado sin efecto por no haberse dado la posesión al interesado. "De las tierras adjudicadas había que recibir posesión. Si se daban títulos y no podía posesionarse el interesado, es claro que el título, que no le servía para ello a raíz de su expedición, tampoco podía servirle después, y que consecuencialmente los sucesores de quienes en tal situación se hallaban no podrían alegar hoy dominio y posesión con base en una posesión inicial que no tuvieron sus antecesores. El título solo no suponía la posesión." (*Gaceta Judicial* número 1987, página 785).

El hecho 5º de la oposición expresa que de los terrenos adjudicados a Domingo Gutiérrez Lasso su viuda hizo dos ventas, la una en 1736 y la otra en 1741, operaciones que según el señor apoderado del opositor ayudan a identificar la localización de las estancias primitivas, "pues conociendo ya por virtud del mismo título primitivo de 1734 que las estancias estaban entre la desembocadura de La Tigra en el Lebrija y la vuelta del Tagual, encontramos que los sitios que señalan las ventas de abril 12 de 1736 y julio 2 de 1741 de la citada viuda a varios individuos que también aparecen después vendiendo, tienen que estar también por cerca de aquellos puntos (Tigra y Tagual) bastante conocidos aún y que aparecen en los mapas acompañados y confirmando también los nombres actuales que son los mismos y que aparecen también en mapas y en los referidos títulos...." Las partes correspondientes de los documentos a que alude el señor abogado, dicen: "...que vende en venta real... es a saber tres estancias de ganado mayor en esta jurisdicción en el río de Lebrija a sus orillas, su primer lindero desde las peñas de Botijas para abajo hasta donde alcanzan las medidas de ella con declaración que la una es y la vende a Bernardo Regueros; la segunda, a Berbardo de Velandia y las... a Agustín Pérez y Antonio Orozco (escritura de 12 de abril de 1736)". "Es a saber estancia y media de ganado mayor en las orillas del río de Cañaverales de esta jurisdicción... por frente del sitio de Guacamayas lindando con otras tierras que allí tiene la vendedora, así por la parte de arriba como por la de abajo, y la media estancia del lado de Ocaña en sitio de Pens gurto (sic) linda con tierras de Miguel de Castro por la parte de abajo y por la de arriba con otras que le pertenecen a la susodicha las cuales dichas tierras están tituladas y se le adjudicaron por fallecimiento de su marido". No está de acuerdo la Sala con el concepto del señor abogado respecto a que las indicaciones consignadas en las escrituras que se examinan sirvan para hacer la localización de las tierras a que se refirió la merced de Gutiérrez Lasso. Los datos suministrados por las escrituras de 1736 y 1741 son también, al igual de los de la adjudicación inicial, sumamente vagos, como así aparece por la sola lectura de las transcripciones que se han hecho. Expresa el apoderado del opositor que los sitios que se señalan en las ventas tienen que estar también *por cerca de aquellos puntos*, aludiendo a La Tigra y El Tagual, expresión que confirma el parecer de la Corte acerca de la imprecisión e indeterminación de las tierras relacionadas en el título concedido a Gutiérrez Lasso y las señaladas en las ventas que hizo su viuda posteriormente a la muerte de aquél. Así pues, si el documento del título es como se ha visto, inoperante para conseguir la ubicación de los terrenos de la merced, las escrituras en que constan las ventas mencionadas son igualmente ineficaces para el objeto de identificar en el terreno la adjudicación.

El numeral 6º del memorial de oposición se refiere a una escritura del año de 1720 en que consta que fueron adjudicadas a Juan Albarca de la Riba tres estancias de ganado mayor sobre el río Lebrija, de la boca de la quebrada de Doradas, río abajo del Lebrija. "Este hecho —afirma el señor abogado— aparece establecido con el documento e) en que se impone una capellanía sobre tres estancias de ganado mayor situadas en la quebrada de Doradas, río Lebrija abajo". En el documento de la capellanía el albacea de Albarca de la Riba, declaró: "...por la presente otorgo.... instituyo, fundo y doto dicha capellanía.... sobre todos mis bienes inmuebles, raíces, semobientes, y especialmente sobre tres estancias de ganado mayor *en el río de Oro y Cañaverales* que fueron proveídas por el señor Gobernador don Diego Mantilla de los Ríos al dicho don Juan Albarca de la Riba, su primer lindero desde la boca de la quebrada de Doradas río abajo a dar a Peñas Blancas hasta donde alcanzare, teniendo por frente el dicho río de oro y los lagos Aguamonte, y allí mismo sobre otra estancia de ganado mayor desde una quebrada que llaman Zuatoque a dar al paso del río Frío por el camino real que va al Boquerón y minas de Lérida, lindando con tierras que fueron de don Pedro Velasco, y posee el dicho capitán Francisco Mantilla de los Ríos." Observa la Corte que el título de adjudicación a Juan Albarca de la Riba no aparece en autos; existe tan sólo la

referencia que a él se hace en el instrumento en que se impuso la capellanía; es posible que al constituirse ésta se protocolizaron los documentos contentivos de la merced. Pero ella, se repite, no aparece y la referencia que en la capellanía se hace a aquélla es muy general, sin indicarse su fecha. Los linderos contenidos en el documento en que se instituyó la capellanía sí podrían servir, posiblemente, para que por medio de peritos y con las pruebas de rigor para la identificación de los sitios arcifinios que allí se indican, llegara a hacerse la localización del terreno a que la capellanía se refirió. Desafortunadamente, no hallándose el documento del título en que se hizo la adjudicación, no puede compararse su contenido con el de la capellanía, para relacionándolos llegar a concluir que las tierras a que ésta se refiere corresponden a las de la merced. Si tal cosa se estableciera, y si los linderos señalados en la capellanía pudiesen localizarse en el terreno, aun cuando los de la merced no fuesen muy completos, estima la Sala que bien podría admitirse la identificación de las tierras sobre que versó la merced con las de la capellanía, y por lo mismo aceptar que esa área salió legalmente del poder del Estado y pasó al patrimonio particular antes de instituirse la capellanía, es decir, para el año de 1720. Sin embargo, como tal comprobación no se ha hecho en este juicio sumario, la Corte tendrá que abstenerse de reconocer eficacia al presunto título de adjudicación a don Juan Albarca de la Riba.

El punto 7º del memorial de oposición está destinado a comentar el documento protocolizado en la Notaría 2ª de Bogotá, con el número 2035, el 20 de agosto de 1926, de una copia de las diligencias practicadas en el año de 1790 para la posesión de una extensión de 100 estancias de terreno al doctor Ramón Javier Prada en el puerto de Botijas, sitio de los Cañaverales, heredadas de su padre, quien se dice, las había adquirido de distintas personas. Tal diligencia de mensura y posesión de las tierras, según el documento acompañado, se practicó con intervención de agrimensores y de testigos, y por su contexto produce la impresión de traducir realmente la ejecución de los actos que en la diligencia se expresan. No obstante, como el propio señor abogado de la entidad opositora explica que en ese instrumento de posesión se catalogaron o reunieron los títulos anteriores que él adujo y que ya examinó la Corte, los que le sirven de antecedente al documento de 1790, es preciso observar que aun reconociéndole su validez a la mencionada diligencia posesoria de ese año, como ella se produjo simplemente para trasladar bienes del potrimonio de un causante a su heredero, no puede, por sí sola, tal diligencia, constituir otra cosa sino la constancia de un acto cumplido entre terceros respecto de la Nación y que no obliga o compromete al Estado colombiano en cuanto a la legitimidad del traspaso de tales bienes del patrimonio estatal al patrimonio de los particulares. Si la diligencia posesoria hubiese sido practicada para dar cumplimiento a la expedición de un título de adjudicación de tierras realengas, muy otra sería la situación jurídica contemplada, pues entonces habría que pensar que esa diligencia hacía parte del título mismo emanado de la Nación. Pero la diligencia de 1790 no tiene tal carácter, ni otro significado que el ya visto, de ser instrumento producido entre particulares, en cuya producción el Estado se halló ausente. La diligencia posesoria mencionada es indicativa de que las tierras de que se trata estuvieron en poder de particulares al tiempo en que se realizó, pero no acredita que ellas hubieran salido legítimamente del patrimonio de la Nación.

—

Estudiando la Sala los documentos presentados por el opositor, para ver si se constata por medio de ellos la explotación económica de las tierras a que se refiere la oposición, en la época colonial, a efecto de comprobar así el dominio particular anterior a 1873, según jurisprudencia de la Corte Suprema (*Gaceta Judicial*, tomo LIII, páginas 920 y siguientes), se observa que los títulos aducidos, como se ha notado al hacer su examen, no permiten deducir, con los datos que de ellos aparecen y con los otros elementos de juicio que se allegaron a los autos, su ubicación cierta sobre extensiones determinadas o determinables de terreno; y no siendo por esa causa operantes los datos de explotación económica que los mismos títulos contienen, por no referirse a extensiones concretas, tampoco sirven, por la falta de determinación topográfica, para demostrar que se efectuó una explotación económica en determinadas porciones territoriales; por lo cual tampoco procede estudiar si esa presunta explotación económica, en este caso basada principalmente en labrantíos de cacao, reúne las calidades que hagan presumir el que ella se efectuó en escala o intensidad bastantes para comprobar su existencia respecto de las extensas zonas a que se refiere la oposición.

—

Las consideraciones anteriores que hace la Corte al estudiar los títulos presentados por el opositor, tendientes a demostrar dominio privado en el subsuelo petrolífero de las tierras a que se contrae la oposición de la sociedad American Educational Union, la llevan a concluir que no está fundada tal oposición.

Oposición de la Richmond Petroleum Company of Colombia.

El memorial que la plantea, expresa lo que sigue: "El lote a que se refiere la aludida propuesta del señor Hernando Franco en la parte de este lote que queda comprendida al costado derecho del río Lebrija, por los linderos que en seguida determino, no es terreno baldío: 'Partiendo del punto en que la línea G-H del plano adjunto corta el río Lebrija, punto que aparece en el citado plano marcado con la letra P y distante del vértice G tres mil novecientos (3.900) metros se sigue con dirección Este diez y siete mil quinientos ochenta (17.580) metros a dar al vértice H, y sobre el lindero H-I de la propuesta se continúa en dirección Sur seis mil ochocientos (6.800) metros a dar al punto Q, situado dos mil (2.000) metros al Sur de la quebrada Tigre o Tigra; de este punto se continúa por una línea paralela al curso de la quebrada Tigre o Tigra y distante de dicho curso dos mil (2.000) metros, corriendo en dirección quebrada abajo, hasta el punto R, en que dicha línea encuentra la orilla derecha del río Lebrija, de este punto se continúa río Lebrija abajo hasta el punto P que se ha tomado como punto de partida para este alinderamiento'. Esta parte del lote así demarcada aparece en el plano adjunto *rayada con líneas rojas.* Esta parte del lote sobre que versa la propuesta del señor Hernando Franco, no es —como lo he dicho— terreno baldío y es actualmente de propiedad de la Richmond Petroleum Company of Colombia —en cuyo nombre me opongo a esa propuesta— sociedad que lo adquirió con legal y justo título y con mayor extensión de terrenos incluyendo en éstos el suelo y el subsuelo con el petróleo y demás hidrocarburos que en ellos se encuentren o existan, mediante la escritura pública número ochenta y dos (82) de doce (12) de enero de mil novecientos treinta y siete (1937) otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá. Este título con todos los demás desde el emanado del Estado hasta hoy se acompaña al presente memorial de oposición. Los expresados terrenos —inclusive la parte del lote de la propuesta del señor Franco que queda comprendida dentro de ellos— nunca volvieron al patrimonio del Estado después de haber salido de él, en virtud de las mercedes otorgadas en la época colonial por el Soberano español al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón, a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, a Joseph Naranjo y a Cristóbal Vallejo, como se acredita plenamente con la documentación auténtica que figura a la cabeza de los títulos que acompaño a este escrito."

No se presenta en este juicio el fenómeno de la cosa juzgada.

En la parte final del extenso e interesante alegato sometido a la Corte por el señor abogado de la Compañía opositora, se dedica un capítulo, subdividido en dos acápites, a sustentar la tesis de que por haber proferido la Corte otra sentencia, el 10 de abril de 1940, que puso término al juicio a que dio origen la propuesta del Sindicato de Inversiones, S. A., en el cual la Richmond hizo oposición, existe lo que en derecho procesal se denomina la cosa juzgada, porque la porción de terreno que cubre la propuesta del señor Hernando Franco hace parte de un extenso globo de tierras al cual se refieren los títulos aducidos por la Richmond en el caso del Sindicato de Inversiones, que ahora aduce también y que sirvieron de base a la decisión de la Corte que los encontró suficientes para declarar fundada la oposición, por considerar que esos títulos acreditan dominio privado. "Esos títulos —dice el alegato— no se contraen al número de hectáreas a que se refirió la propuesta del citado Sindicato, ni al número de hectáreas a que se refiere la propuesta del señor Hernando Franco, de que trata la presente oposición, sino que comprenden el globo total de que es dueña la Compañía opositora, por haberlo adquirido del señor Ulpiano A. de Valenzuela y otros. La Corte Suprema apreció esas pruebas plenas de la propiedad privada del suelo y del subsuelo, no con relación a un lote parcial de dicho globo, sino con respecto a éste, de acuerdo con los linderos generales del mismo expresados en el título de propiedad de la Richmond. . . . Y de esto resulta que la cuestión fundamental que ahora se suscita en lo tocante a la propuesta del señor Hernando Franco es esencialmente la misma que fue estudiada y fallada por la Corte Suprema en la citada sentencia de diez de abril".

Expresa el alegato: "El artículo 468 del Código Judicial dice: 'La sentencia es firme cuando no debe ser consultada ni hay contra ella recurso alguno en el juicio, o se han dejado pasar los términos sin interponerlos. En este último caso, la ejecutoria se declara de oficio por el Juez que la ha pronunciado'. La mencionada sentencia a favor de la Richmond es firme, porque no es de las que deben ser consultadas y porque no hay contra ella recurso alguno en el juicio que ya terminó. Ese fallo firme dado, 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). La cosa juzgada en el primer proceso debe surtir efecto en este segundo,

según el artículo 474 del Código Judicial, porque el nuevo juicio sumario tiene *el mismo objeto;* porque *se funda en las mismas causas que la primera demanda;* y porque hay *identidad jurídica entre las personas de los litigantes.* El *objeto* es el terreno perteneciente a la Richmond, cuyo dominio privado defendió ella en el primer caso y está defendiendo en el segundo..."

Cita también el opositor esta norma: "Artículo 5º, Decreto 1694 de 1939. Entiéndese por terrenos no libres y no disponibles para contratar: a) los que amparen una concesión perfeccionada, mientras subsiste legalmente; b) los que amparen una propuesta admitida; c) y los que amparen petróleos de propiedad privada, reconocidos como tales administrativa o judicialmente". Y agrega: "De acuerdo con el aparte c) del artículo que queda transcrito, se entiende por terrenos no libres o no disponibles para contratar 'los que amparen petróleos de propiedad privada, reconocidos como tales administrativa o judicialmente'. Y siendo así que el fallo de la Corte al declarar fundada la oposición de la Richmond a la propuesta del Sindicato de Inversiones, S. A., de Medellín, lo hizo por considerar de propiedad privada el petróleo que se encuentre en el terreno adquirido por la Richmond.... se llega a la conclusión de que la parte de la propuesta del señor Franco que interfiere sobre las tierras adquiridas por la Richmond *es terreno no libre o no disponible para contratar,* según dicho fallo de la Corte Suprema."

Observa la Sala:

La sentencia de 10 de abril de 1940 dijo: "De los documentos presentados por la Compañía opositora y que coinciden en sus puntos principales de referencia, lo cual la Sala ha considerado en varios fallos como suficiente para la determinación de los inmuebles, resulta que el globo de tierra adquirido por dicha Compañía se halla comprendido dentro del lindero general a que se refieren las mercedes coloniales, cuyos linderos fueron reproducidos esencialmente en la Resolución de 1880 por la cual se declaró que los terrenos en referencia no son baldíos sino de propiedad particular. Igualmente, conforme a los mismos documentos, mapas, cartas y planos que obran en autos, se deduce que el lote de terreno sobre el cual el Gobierno admitió la propuesta del Sindicato de Inversiones, S. A., de Medellín, se halla comprendido dentro de aquellos terrenos adquiridos por la mencionada Compañía opositora". De este pasaje del fallo y de la parte resolutiva del mismo que declara fundada la oposición del Sindicato, deduce el señor apoderado de la Richmond, teniendo en cuenta las reglas sobre la cosa juzgada, que en el presente juicio no puede la Corte pronunciar sentencia porque afectaría, o podría afectar, lo que ya se decidió de modo firme y definitivo, no revisable en el presente juicio, sobre la validez de los títulos de propiedad particular presentados al considerarse la propuesta del Sindicato de Inversiones, puesto que la propuesta actual del señor Franco —así lo admiten los técnicos del Ministerio del ramo— interfiere terrenos de los abarcados y reconocidos como de dominio privado por la sentencia del 10 de abril de 1940.

Entiende la Corte que la posibilidad de una revisión en juicio ordinario, de lo que se ha resuelto o fallado en un juicio especial y sumario sobre petróleos, no implica que carezca de firmeza y estabilidad bastantes, relativas a las finalidades perseguidas en los juicios sumarios, lo que en ellos se decide. Y en este concepto, no es valedero el argumento que se hace en el alegato del señor Procurador Delegado en lo Civil, de que no se produce el fenómeno de la cosa juzgada, porque lo resuelto en el juicio sumario puede modificarse en el ordinario, y de que en el caso actual, ese fenómeno no se ha producido porque la sentencia en juicio ordinario no se ha dictado aún, ya que apenas se adelanta el juicio correspondiente de la Nación contra la Richmond ante el Tribunal Superior de Bogotá. Cree la Corte que no obstante no haberse proferido todavía tal sentencia, hay una situación de estabilidad que hace obligatorias las consecuencias emanadas del primer fallo, en cuanto a las tierras comprendidas en la primera propuesta, principalmente por lo que mira a lo previsto en el artículo 5º del Decreto 1694 de 1939, según el cual son terrenos no libres o no disponibles para contratar aquellos que amparan petróleos reconocidos judicialmente como de propiedad privada. Respecto al terreno sobre que recayó la sentencia mencionada, no puede revisarse lo en ella resuelto sino en un juicio ordinario.

Pero cosa distinta ocurre con relación a las tierras que son materia de la presente oposición.

Las oposiciones a la celebración de contratos para explorar o explotar petróleos surgen de la pretensión, manifestada por el proponente del contrato, de explotar a nombre del Estado y como petróleo de la Nación, el que se encuentre en el subsuelo del terreno a que se refiere la propuesta; y la oposición versa naturalmente sobre el mismo lote de terreno comprendido en ella. En torno a este único y común objeto, se desenvuelve el proceso que forma el juicio breve y sumario: el lote o porción a que se contrae la propuesta de contrato, que es el mismo a que se contrae la oposición. De esta suerte, adelantando el trámite del juicio hasta su decisión, la

sentencia que le pone término debe referirse al objeto sobre el cual rodó la controversia, y a nada más que a él. Los juicios sumarios sobre petróleos no son juicios de dominio; son juicios en que se decide por razones sacadas del estudio de las pruebas acerca de la propiedad, que se puede o nó perfeccionar un contrato de esta clase; pero el fallo no declara dominio; estudia la propiedad pero no decide respecto a su existencia en determinada persona; resuelve tan sólo que una persona puede o no puede contratar con el Gobierno, por estimarse que son baldíos los terrenos de que se trata, o porque al contrario, aparecen, para los fines contemplados en el juicio sumario, como de propiedad particular con anterioridad al 28 de octubre de 1873. En los juicios declarativos de dominio las sentencias que se pronuncian deciden que un bien pertenece en propiedad a una persona, y tal declaración obliga en todas las circunstancias a las partes que se comprometieron en el litigio. Mas no ocurre lo propio cuando lo que se declara no es la propiedad en cabeza de una persona, sino el derecho a perfeccionar un contrato, por consideraciones tocantes con el dominio, pues el juicio, que versa sobre un bien determinado —el que constituye el objeto de la propuesta de contrato y el de la oposición al mismo— y el fallo que le pone término, tienen que limitarse a lo que es materia de la controversia, al lote o porción de terreno en ella contemplado, y a nada más. Si fuera del lote de la propuesta y de la oposición, los títulos que se aducen favorecen o pueden favorecer extensiones distintas, como el juicio, se repite, no es declarativo de dominio sobre el globo más grande a que los títulos se refieren, sino permisorio de contrato sobre la extensión comprendida en la propuesta, si posteriormente surge una diferente respecto de otra parte distinta del área de la primera, aunque comprendida dentro del globo general que abarcan los títulos, esa nueva propuesta constituye un nuevo caso decisorio para la justicia, que deberá recibir fallo separado. Hay cosa juzgada si se superponen dos propuestas sucesivas sobre un mismo lote de terreno, cuando acerca de la primera se ha proferido fallo, pues entonces el objeto es idéntico; pero si los lotes no se superponen, sino que son distintos, como en el caso de las propuestas aquí contempladas del Sindicato de Inversiones, S. A. y del señor Hernando Franco, la falta de identidad de objeto indica que no se llena uno de los requisitos esenciales para que se produzca el fenómeno de la cosa juzgada.

La sentencia de 10 de abril de 1940 no obliga, pues, a la Corte a hacer "aplicación de la cosa juzgada", como lo solicita el apoderado del opositor; aunque dicha sentencia sí constituye, por el estudio que ella contiene de los títulos que ahora han de examinarse, un punto de referencia que ha de tener en cuenta la Sala en su investigación, por el estudio en sí mismo y por las citas que a ese fallo se hacen en el alegato de la Compañía opositora.

Las mercedes de tierras a Juan Marrufo y Negrón, Francisco de los Ríos Redondo, Joseph Naranjo y Cristóbal Ballejo aducidas como origen del título del opositor.

En el capítulo primero del alegato presentado por la Richmond a la Corte se afirma que estas adjudicaciones constituyen los antecedentes coloniales más importantes en relación con las llamadas *tierras del río Pescado*, nombre con el cual se designa todo el globo que comprende las referidas mercedes. Hace en seguida el alegato un análisis de esas adjudicaciones, las que propone como demostrativas de que los terrenos correspondientes salieron del dominio de la Corona y en parte pasaron por transmisiones sucesivas al dominio de la Richmond Petroleum Company of Colombia, el que se ha venido ejercitando sin interrupción desde hace doscientos treinta años como dominio privado, reconocido y garantizado por la legislación y las autoridades de la Colonia y la República.

Adjudicación a Juan Marrufo y Negrón.

Los documentos en que consta, allegados a los autos, dicen, en lo principal, lo que pasa a transcribirse, respecto al *pedimento, la entrega y posesión, la confirmación y una segunda posesión o entrega:*

"*Pedimento.* 'Señor Presidente Governador y Capitán General de este Reyno.—Miguel Gerónimo González en nombre del Governador don Juan Marrufo Negrón, vecino de esta ciudad, y en virtud de su Poder que presento con la solemnidad necesaria ante V. SSª parezco como mejor aya lugar en dro. y Digo que el Dho. mi parte es persona benemérita y se alla con obligaciones y necesita para ayuda de su sustento y el de su familia el que V. señoría 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 dha. tierra está despoblada Baldía y Eriaza siempre desde la conquista del Reyno y Poblándola mi parte se sigue utilidad al vien público en cuya conformidad se ha de servir V. señoría de mandar se despache mandamiento de Diligencias en la fórma ordinaria, etc., etc. ....*Miguel Gerónimo Gonzá-*

lez'. Título: 'Autos y Vistos.... Mediante lo cual libro el presente y por él *en nombre del Rey Ntro. Señor y en virtud de la facultad que suya tengo ago merced a vos el Governador don Juan Marrufo y Negrón de las tierras y estancias contenidas en vro. pediment° incluzo en* atención averse echo las diligencias que así mismo ban incluzas *devajo de los limites y linderos que señalais y en ellas se expresan para que las tengais, poseais y cultibeis como cosa vra. propia etc., etc.* ...Fho. en la ciudad de Santafé *a doce de diciembre de mil setecientos y siete añoz.* Don *Diego Córdoba Lazo de la Vega.* Por mandado de su señoría. Esteban Gallo, escribano Real y teniente de la Cámara'.—*Entrega y posesión:* 'En la ciud. de Pamplona, en *primero de junio de mil setecientos y ocho añoz* yo Don Juan Ubaldo Jaimes de Figueroa, Regidor Perpetuo por su Majestad en ella y en quien está depositada la bara de Alcalde Hordinario de esta ciudad aviendo sido requerido con este Despacho por parte del Governador don Juan Marrufo y Negrón, dije *se guarde, cumpla y execute según y como en el se contiene, expresa y declara* y en su ejecución y cumplimiento se dá comisión la que sea necesaria y en dró. se requiere para valer Egidio Jaimes *para que con vara alta de la Real Justicia entre en posesión desta parte de las tierras contenidas en este título,* la cual se dará Real, actual, sivil velquasi conforme a dro. y en caso de que el dho. Governador Don Juan Marrufo no tome dha. Poseción personalmente la dará a quien tuviere su poder y lo pondrá por razón para que conste y así lo provey, mandé y firmé y con testigos por no aver Escribano. *Juan Ubaldo Jaimes de Figueroa.* Tg° *Xptoval Cavallero.* Testigo, *Pedro Carvajal'.* 'En el sitio de la quebrada de la Mona y sitio de Vaga-Loma términos y jurisdicción de la ciudad de Pamplona en *veintidós días del mes de junio de mil setecientos y ocho añoz* yo dho. juez aviendo llegado a dho. sitio en compañía del Governador don Juan Marrufo y Negrón *para efecto de darle la Poseción de las tierras contenidas en este Real título* 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 que 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 Govern. y Capitán General de este Nuevo 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 título la Defendería en todas Instancias, etc., etc.... Egidio Jaimes Calderón. Laurián de Ortega. Diego Carrión'.—Confirmación:* 'Autos y Vistos *apruébase y confírmase la anrd. echa al Governador don Juan Marrufo Negrón vecino 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 Majestad del interés Equivalente* y recaer la mrd. en persona benemérita y Digna de Gratificación y en *consecuencia corra el mandamiento de Posesión en virtud del título que se le despachó en dose de diciembre de mil setecientos y siete años* sinembargo de la contradizión echa por Joseph Esteban, Galán y otros consortes al tiempo que se le dió al dho. Govr. Dn. Juan Marrufo que fué el día *veintidós de junio de mil setecientos y ocho años* q. se declara no aver lugar en quanto a este juisio por aver más tiempo de dos años en que pudieron haver ocurrido a este Juzgado a dedusir su dro. etc., etc.... Así lo proveyó, mandó y firmó el señor Licenciado don Vicente de Aramburu Cavallero del Orden de Santiago de el Concejo de Su Majestad, oidor y Alcalde de Corthe de la Real Audiencia de este Reino y Juez Privativo de las tierras de este Reino en virtud de Reales Cédulas en *Santafé a tres de noviembre de mil setecientos y diez años. Don Vicente de Aramburu. Ante mí Don Agustín de la Peñuela Carvajal, Reseptor.*—Mediante lo cual Libré el presente y por él en nombre del Rey Nuestro Señor y en virtud de la facultad que suya tengo, confirmo y apruebo la mrd. echa. al Govern. Don Juan Marrufo y Negrón por el Govierno Superior de este Reino *de las tierras y estancias de la quebrada de la Mona en la jurisdicción de la ciudad de Pamplona, según los linderos contenidos en dha. mrd.* por constar estar echas las Diligencias necesarias y *aver pagado a su Magestad su importe* y recaer dha. Mrd. en persona benemérita *y en su virtud mando corra el mandamiento de Posesión que se libró* sin embargo de la contradizión echa por Joseph Esteban, Galán y demás consortes que declaro no aver lugar por no aver ocurrido a los suso dhos. a usar de su dro. a este Juzgado reservándoles éste en quanto al juisio de propiedad *y ordeno y mando a todas y cualesquier Justicias de aquel Distrito que siendo requeridos por parte de el dho. Governador Don Marrufo y Negrón le amparen en la Posesión de dhas. tierras y no consientan sea Desposeído sin*

primero ser oído y vencido y así lo cumplan dhas. Justicias sin aser cosa en contrario, etc., etc.... Fho. en Santafé a seis de noviembre de mil setecientos y diez años. Don Vicente de Aramburu. Por su Mdo. Dn. Agustín de la Peñuela Carvajal, Reseptor.—*Nuevo amparo de posesión:* 'Nos el Presidente y Oidores de la Audiencia Real de Su Magestad a cuyo cargo está el Govierno de este Virreinato, etc., etc.... Autos y Vistos Líbrese Despacho cometida su ejecuzión a don Juan de Miaurio, Alcalde Mayor de las Minas de Betas de Pamplona *para que de nuevo ampare y dé posesión al Govern. Don Juan Marrufo y Negrón en las tierras contenidas en el escripto* lanzando las personas que en ellas hubiere yntroducidas y en especial a Diego Gatán a quien derribará los Bohíos que ubiere echo *y ará pagar como está mandado los arrendamientos desde el día que le constó ser las tierras del dho. don Juan Marrufo* y le sacará cien pesos en que le multa por la rebeldía y contumasia que a tenido en ovedecer los mandatos superiores aviendo ocurrido a la Real Auda. y ganado Despacho subrreticiamente sin aser expresión del librado antecedentemente en virtud de la comisión primitiva y en caso que aya muerto el dho. Diego Galán se sacará la multa de los que en sus bienes ubieren subsedido y se remitirá a mi Juzgado *y lo mismo se entienda en los arrendamientos.* Médiante lo cual Libré el presente y por él os hordeno y mando que siendo requerido por parte del dho. Governador don Juan Marrufo y Negrón o como os fuera entregado en cualquier manera veais el auto incluso por mi proveído y lo guardeis, cumplais y executeis y llevar y llevareis a devida ejecuzión con efecto y sobre que la tenga luego y sin dilazión *pasareis de nuebo a dhas. tierras y estando en ellas y con el ejecutorial y posesiones que se le an dado que se le buelbe original para el efecto y lo ampareis en ellas debajo de los límites y linderos que en el título se contienen que por el presente le amparo en dichas tierras para que como suyas propias las goze y Posea según y como las a poseído desde dha. mrd. asta aquí y le dareis posesión de todas ellas* y executando lo referido si alguna o algunas personas las ocuparen o estubieren yntroducidas las lanzareis y en especial a Diego Galán a quien derribareis los Bohíos que ubiere echo y ganados que tubiere y procedereis por todo rigor en dro. etc., etc. ...*Fho. en Santafé a veintitrés de octubre de mil setecientos y diez y siete años. Don Luis Antonio de Losada.* Por mandado de Su Señoría. *Don Martín Carlos Saens del Pontón.*—Mediante lo qual acordamos librar el presente y por él hordenamos y mandamos a el Alcalde Mayor actual de las Betas de Pamplona que siendo requerido o como le fuere entregado por parte del Suplicante Govern. Don Juan Marrufo Negrón *vea el Despacho suso ynserto y Decreto por nos proveído y lo guardeis, cumplais y ejecuteis y agais guardar, cumplir y ejecutar según y como en él se contiene y declará asiendo se lleve a pura y devida ejecuzión con efecto sin ir ni pasar contra su tenor y forma en manera alguna* pena la contenida en dho. Despacho y de otros cien pesos más aplicados en la forma horda. so lo cual mandamos que no aviendo escribano lo notifique persona que sepa ler y escribir con testigos. *Fho. en Santafé a veinte y dos de Henero de mil setecientos y veinte y un años. Don Juan Gutiérrez de Arze. Don Joseph de Leisequille. Por su mandado Don Juan Joseph García'.—Segunda posesión o entrega:* 'En el sitio de *Bagaloma en veinte y seis de abril de mil setecientos y veinte y dos años* yo Don Joseph de Vela Patiño, familiar del Santo Oficio; Alcalde Mayor de los Reales de Minas de los de Vetas y demás de su jurisdicción por Su Majestad *en virtud de lo mandado dí Pozeción a Egidio Jaimes de las tierras que constan en dhos, autos.* y en señal de dha. Posesión arrancó yervas, mudó piedras y demás seremonias acostumbradas. *La qual Posesión fué en nombre del Governador Don Juan Marrufo y Negrón* en virtud del Poder presentado sivil, Leal y Velquasi según dro. y para ello cité Pablos Durán y a Eaurián de Ortega vesinos más cercanos y lo firmé y firmó el dho. *Egidio Jaimes con tgos. por no aver Escribano. Don Joseph de Vela Patiño. Tgo. Francisco Antonio Idalgo Ladrón de Guevara. Joseph de Cuevas. Egidio Joseph Jaimes'."*

Refiriéndose el abogado del opositor a los documentos transcritos, los comenta así:

"En primer término, el *pedimento.* Dice así: ...*'Se sirva hacerle merced de unas tierras y dos caballerías en ellas* en el sitio que llaman la quebrada de la Mona, jurisdicción de la ciudad de Pamplona, *Río abajo de Cachirí asta dar en el río de la Magdalena'* (1707). ¿Qué debe entenderse por esta petición? Es indudable que la intención del peticionario fue la de obtener una adjudicación que le diera derecho, de acuerdo con su pedimento, a terrenos comprendidos dentro de los linderos mencionados: *'La quebrada de la Mona, río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena'.* Los otros documentos, o sean, el *título,* la *confirmación,* la *entrega y amparo* de posesión, se hallan en completa armonía entre sí y con el pedimento. El título (1707) dice: ...'En nombre del Rey Nuestro Señor, y en virtud de la facultad que suya tengo, hago merced a vos el dicho Governador Don Juan Marrufo y Negrón de las tierras y estancias con-

tenidas en vuestro pedimento incluso en atención a haberse hecho las diligencias que asimismo van inclusas, *debajo de los límites y linderos que señaláis y en ella se expresan....'* La *primera diligencia de entrega o posesión* (1708) dice: ...'Yo el dicho Juez, habiendo llegado a dicho sitio (la Mona) en compañía del Governador don Juan Marrufo y Negrón *y para efecto de darle posesión de las tierras contenidas en este real título'*... En seguida añade: ...y se 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 declaración que no se tendió cabuya *y se ejecutó lo referido debajo de los linderos pedidos por dicho Governador y dados por el Señor General de la Artillería Don Diego de Córdoba Lazo de la Vega'*. (Pedimento y título). La *confirmación* (1710) dice: 'Autos y Vistos apruébase y confírmase la merced hecha al Governador don Juan Marrufo Negrón vecino 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 abajo de Cachirí hasta dar en el grande de la Magdalena... y en consecuencia corra el mandamiento de posesión en virtud del título que se le despachó en doce de diciembre de mil setecientos y siete años... que fue el día veintidós de junio de mil setecientos y ocho años...'*. Más adelante añade: 'Mediante lo cual libré el presente y por él en nombre del Rey Nuestro Señor y en virtud de la facultad que suya tengo confirmo y apruebo la merced hecha al Governador don Juan Marrufo y Negrón por el Govierno Superior de este Reino de las tierras y estancias de la quebrada de la Mona en la jurisdicción de la ciudad de Pamplona *según los linderos contenidos en dicha merced...'*. El *nuevo amparo de posesión* (1717) - (1721) dice: 'Nos el Presidente y Oidores de la Audiencia Real de Su Magestad a cuyo cargo está el Govierno de este Virreinato, etc., etc. ...*Autos y Vistos* líbrese despacho cometida su ejecución a don Juan de Miaurio, Alcalde Mayor de las Minas y Vetas de Pamplona *para que de nuevo ampare y dé posesión al Governador don Juan Marrufo y Negrón de las tierras contenidas en el escripto'*... Más adelante dice: ...*'Y le ampareis en ellas debajo de los límites y linderos que en el título se contienen que por el presente le amparo en dichas tierras para que como suyas propias las goce y posea según y como las ha poseído desde dicha merce hasta aquí y le dareis posesión de todas ellas'*... Luégo añaden (el Presidente y los Oidores): 'Mediante lo cual acordamos librar el presente y por él ordenacen y mandamos a el Alcalde Mayor actual de las Vetas de Pamplona que siendo requerido o como le fuere entregado por parte del suplicante Governador don Juan Marrufo Negrón *vea el despacho suso inserto y decreto por non proveído y lo guardeis, cumplais y ejecuteis y hagais cumplir y ejecutar según como se contiene y declara haciendo se lleve a pura ejecución con efecto sin ir ni pasar contra su tenor y forma en manera alguna...'* La *segunda entrega o posesión* (1722) dice: ...*'En virtud de lo mandado di* (habla el Juez comisionado) *posesión a Egidio Jaimes de las tierras que constan en dichos autos... La cual posesión fue en nombre del Governador don Juan Marrufo y Negrón....'* No cabe, pues, duda ninguna, en presencia de los documentos auténticos citados, todos armónicos y contextos entre sí, producidos en el decurso de quince años (1707 a 1722) y autorizados por distintos funcionarios de la Corona Española, de que las tierras de la merced hecha al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón fueron segregadas del conjunto de realengos por sus expresados linderos o sean: 'La quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el grande de la Magdalena', para ser entregadas como lo fueron realmente al citado Gobernador, a quien se amparó *en todas ellas,* reconociéndose expresamente la posesión ejercida por éste desde la fecha de la merced (12 de diciembre de 1707) hasta la última entrega realizada el veintiséis de abril de 1722: 'Y lo amparéis en ellas debajo de los límites y linderos que en el título se contienen ...para que como suyas propias las goce y posea según y como las ha poseído desde dicha merced hasta aquí *y le dareis posesión de todas ellas* —dice la sentencia de veintitrés de octubre de mil setecientos diez y siete— conforme a la cual se le hizo la entrega el 20 de abril de 1722."

Para la Corte no tienen los documentos transcritos el significado que pretende deducirles el opositor.

El pedimento se hizo, como lo anota el señor abogado, con la intención de obtener una extensión de terrenos determinada o determinable; pero para hacer la determinación el pedimento dio solamente estos datos: "unas tierras y dos caballerías en ellas *en el sitio que llaman la quebrada de la Mona* jurisdicción de la ciudad de Pamplona, *río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena".* Claramente se indica un punto o sitio, arcifinio, el de la quebrada de la Mona, donde la adjudicación debía tener lugar, y a donde se trasladaron los funcionarios que intervinieron en las diligencias de posesión y entrega. Ese *sitio,* así llamado por el pedimento, el de la quebrada de la Mona, constituye real-

mente la única referencia cierta de ubicación; en él debía hacerse la entrega y allí se hizo. Desde luégo que el contenido de la entrega tampoco se determinó en su origen, para la localización de las caballerías de tierras adjudicadas. Pero sí es evidente que el título se otorgó, que fue confirmado y que se entregaron, como así lo acreditan las diligencias de posesión y entrega, las tierras a que el título se refirió. Desafortunadamente las solas indicaciones sobre ubicación contenidas en el pedimento, son las únicas que pueden servir para la identificación de los terrenos, pues el título mismo, las diligencias de posesión y amparo y la confirmación se refieren todas a los datos del pedimento: el título se otorga *"debajo de los límites y linderos que señalais y en ella se expresan"*; la primera diligencia de entrega y posesión, la de 1708, se hizo *"para efecto de darle posesión de las tierras contenidas en este real título"*; el amojonamiento "por lo que toca a la frente de dichas tierras" se practicó *"debajo de los linderos pedidos por dicho Gobernador"* y dados por el señor General de la Artillería don Diego de Córdoba Lasso de la Vega", que son los del título; la confirmación se hizo sobre "las tierras y estancias que llaman la quebrada de la Mona", disponiéndose que "corra el mandato de posesión en virtud del título" o sea por los linderos indicados en éste; el amparo de 1717 se hizo "debajo de los límites y linderos que en el título se contienen"; y la entrega o posesión de 1722 ratificó la anterior posesión.

Obsérvese cómo la diligencia de posesión del 22 de julio de 1708 advierte la circunstancia de haber llegado el Juez a *dicho sitio* (el de la quebrada de la Mona) en compañía del Gobernador don Juan Marrufo y Negrón, para efecto de dar la posesión, y que *en el mismo día 22*, en que se extiende la diligencia y se recibe la posesión, don Juan Marrufo *"amojonó con piedras sus linderos por lo que toca a la frente de dichas tierras"*. La diligencia de posesión no se refirió, pues, a varios puntos o lugares, *sino al sitio de la quebrada de la Mona*, que fue el único que a su vez se indicó como tal, *como sitio*, en el pedimento de Marrufo. Las otras expresiones y palabras allí consignadas, a saber: "corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena", no indican un sitio o lugar determinado y podrían entenderse como un complemento indicativo del lugar donde debía encontrarse el sitio que llaman la quebrada de la Mona, en el que la adjudicación habría de hacerse, sitio que debería hallarse "corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena". Si el sitio de la quebrada de la Mona podía abarcar las dos caballerías de tierras, en la contigüidad de esa quebrada, como evidentemente las pudo comprender, la referencia a los ríos Cachirí y de la Magdalena apenas podía tener el significado de indicar la zona o región en que a su vez se encontraba o podía hallarse "el sitio que llaman la quebrada de la Mona".

Reafirma el concepto expresado acerca de que la adjudicación a Marrufo no debía extenderse a más de dos caballerías de tierras la expresión del pedimento en que dice su apoderado: *"y necesita para ayuda de su sustento y el de su familia* el que V. Señoría se sirva hacerle merced...". No se trataba, por tanto, de obtener una adjudicación para desarrollar en ella grandes empresas que requerirían grandes extensiones de tierras, sino para derivar lo necesario al sustento del peticionario y de su familia.

Las consideraciones que preceden hacen ver a la Sala que la merced a Marrufo y Negrón debe razonablemente entenderse ubicada en el lugar a que el título se refirió, como ya se ha visto, en el sitio de la quebrada de la Mona, y no en otros sitios o lugares, y limitada, desde luégo, a la extensión de dos caballerías. El área que se pretende cobijada por ese título, según el opositor, es muchas veces mayor, de trescientas mil hectáreas aproximadamente, conforme a los estudios técnicos que obran en el expediente, lo que se explica porque se extiende a zonas distintas y muy distantes del sitio de la quebrada de la Mona, por todo el río Lebrija hasta el Magdalena. Tan considerable extensión y ampliación se explican asimismo por las interpretaciones que se le han dado a la merced de Marrufo con base en las palabras de ellas: "corriendo el río Cachirí abajo hasta dar al río grande de la Magdalena".

No puede la Corte admitir el valor del mencionado título como comprensivo de una extensión tan dilatada de tierra. La compañía opositora presenta como razones para sustentar y defender la interpretación contraria principalmente las que deduce de un interesante estudio que hace de lo que ha de entenderse por *sobras* de tierras en una adjudicación colonial, considerando que otra merced que en seguida se examina, la de Miguel Francisco de los Ríos Redondo y las sobras de ésta o de la de Marrufo, o de ambas, completaron y perfeccionaron la titularidad, la posesión y el dominio privado del extensísimo globo de tierra en el cual la Richmond Petroleum Company alega tener la propiedad del subsuelo petrolífero.

Adjudicación a Miguel Francisco de los Ríos Redondo.

En el mes de abril de 1742 Miguel Francisco de los Ríos Redondo, por medio de apoderado, hizo al Juez Privativo de Tierras esta solicitud:

"Franc° Garzón Melgarejo, Procr. de esta Rl. Aud. en nombre de don Francisco de los Ríos Redondo, vesino de la ciudad de Pam. y en virtud de su poder que presento solemnement. paresco ante V. S. como más aya lugar en derecho y digo: que mi pte. a costa de grandísimo trabajo *ha descubierto unas tierras realengas* en términos del Valle de Cácota de Suratá y jurisdisn. de Pam. que llaman *Cachirí*, las que por tener mi pte. cresida familia, necesita, y pr. ser hijo mi pte. de conquistadores de aquellos ptes. y aver obtenido los empleos de Repca. en que ha servido a su Mgd. supc° pr. dho. mi pte. en esta atensa, *se sirva hacerle merced de las referidas tierras pr. ser realengas y no averlas descubierto otro qe. mi pte.* con el inconvente. de no tener veredas *y así no tener esta mrd. perjuicio, ni de naturales ni otro tercero;* que está pronto mi pte. a contribuír con lo que pr. ello se ordenare con declarasn. 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"*, etc., etc. "Por auto de 27 de abril de 1742, el Juez privativo de tierras libró 'despacho de diligencias en la forma ordinaria para que el Juez del Distrito que fuere requerido proceda haser *vista de ojos* de las tierras que en este escrito se expresan recibiendo Información con testigos de siencia y conciencia que declaren *si éstas tierras están Baldías o no, si se halla alguna o algunas personas en Posesión con título o sin él, qué linderos tienen y qué estancias abrá midiéndolas,* etc., etc.' En cumplimiento del auto anterior, el señor don Andrés González y Quirós, alguacil mayor de Cavildo y Alcalde Ordinario de Pamplona, con fecha 24 de julio de 1742, procedió a verificar las diligencias del caso para lo cual se le hizo *'saber a Isidro Vásquez Santos Gil residente en este Balle quien tiene tierras contiguas a las que se piden pr. de su Mgtad. que Dios guarde en el mencionado despacho'*.... El mismo día, Isidro Vásquez Santos Gil se opuso ante el citado funcionario así: ...'y digo que Vmd. se me hizo saver un despacho librado por el Juez privativo de tierras, a pedimento de don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, en q. pretende se le haga merced de unas tierras en Cachirí cogiendo el río del Pescado arriba *representando ser tierras valdías y sin dueño* sobre lo cual se libró dicho despacho de diligencias *las cuales contradigo una, dos y tres veces, y las más que el dho. 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 Governador don Juan Marrufo y Negrón, a quien su Magd. hizo merced de dhas. tierras a tiempo de treinta y cinco años cuyos límites y linderos son a lo largo desde el río Cachirí al río grande de la Magdalena como consta por los títulos que presento con la solemnidad necesaria (y pido que se buelban originales para su guarda en dcho. y ocurrir donde me convenga) y siendo así que el dho. río 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 títulos; pues se ve que la dicha pretención es surrepticia y malisiosa assí* por lo dicho como porque el dho. don Miguel Redondo me ha tratado de comprar las dhas. tierras, y por su voca confiesa aberlas 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 también se ve que no ignora que las dhas. tierras tienen dueño,* porque veinte y ocho años a que fué Tgo. como consta por su firma en mis instrumentos de que a pedimt° del dho. Governador don Juan Marrufo se lanzó de ellas a Diego Galán 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.* Y puesto a que con su surrepticio informe me inquieta *estando yo en quieta y pacífica posesión* y será preciso ocurrir ante el señor Juez privativo de tierras, y en ellas se me seguirán muchos quebrantos, se a de servir Vmd. y lo suplico de mandar que dicho don Miguel Redondo me afiance todos los costos, costas y pérdidas y menoscabos que se puedan ofrecer...' El 26 de julio del mismo año de 1742, el mismo funcionario (González y Quirós) en el sitio de Cachirí, acompañado de varios testigos a los cuales interrogó, practicó una *vista ocular* y conceptuó que no había lugar a la oposición de Santos Gil. Allí se dice: '...y io dho. Juez *bién enterado y con pleno conocimiento de los linderos que en dichos títulos se expresan dixe no ha lugar a la contradicción de esta parte por no perjudicarle el pedimento que se hace a las tierras realengas que se piden pr. de su Mgd. las que se incluyen en los límites y linderos del despacho que va por cabesa* y devuélvansele los títulos como lo pide *y esta parte ocurra a alegar de su derecho donde le convenga'*. Ríos Redondo, contestando a la oposición hecha por Santos Gil dice: '...Y no obstante la contradicción hecha por el referido don Isidro Vásquez se ha de servir Vmd. y se lo suplico de pasar y executar lo que en dho. despacho se prebiene mediante a que

le consta de Bista Ocular, *y que en mi pedimento no perjudica ha la merced q. se le dio al Governador don Juan Marrufo Negrón q. son los derechos que el dho. Dn. Isidro Vásquez tiene,* y como consta de los títulos y merced que el dho. presenta con sus tierras en la quebrada de la Mona y río de Cachirí, y dos lomas de sabana donde se hizo lansamiento a Diego Galán *en tirando quebrada abaxo de Cachirí a dar al río Grande de la Magdalena, y las de mi pedimento son mui distintas por coger el río 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. río dentran...' 'Pruebo no ser surrepticio informe *ni introducirme en las tierras y merced q. se le iso al Governador don Juan Marrufo y Negrón por estar por su naturaleza divididas y apartadas las unas de las otras* i respondiendo a lo que por su escrito dice q. io traté de comprarle y q. para ello solicité las partes del Bllr. Dn. Juan Ignacio Salgado *digo que es cierto, pues el comprarles las que consta de su título no me perjudicaban ni empedían el comprar las realengas por de su Mgd. como al presente lo ago* con que justifico no aver dolo ni malisia como el dho. delata como así mismo diese que tengo echada una firma y q. de ella consta en sus títulos *digo que es cierto y que serví de testigo en el tiempo q. el dho. refiere en el lansamiento que se le iso a Diego Galán, las cuales tierras reconosco por del dicho don Isidro Vásquez y al presente las tiene* arrendadas a diferentes besinos del Balle de Suratá...'

"El Juez comisionado, don Andrés González y Quirós, practicó las diligencias pedidas por el Juez privativo de tierras sobre la petición de Ríos Redondo. De dichas diligencias aparece que en vista de las dificultades para medir las tierras de dicho pedimento 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 estancia, y que se hicieron los pregones de ellas. Una vez cumplidas las diligencias anteriores, el Juez Comisionado las remitió al Juez privativo de tierras con el siguiente concepto: 'Yo, don Andrés González, etc., etc.... Certifico en cuanto puedo y con derecho devo y que haga fe, a los señores que la presente vieren, que haviendo pasado a este Valle de Cácota de Suratá de orden del señor Lizdº Don Manuel Bernardo Alvarez del Consejo de su Mgd. y su Fiscal Real en la Audiencia y Chansillería deste Nuevo Reyno de Granada, Juez General de tierras y sus composiciones, a efecto de que se reconozcan, regulen y avalúen las tierras q. don Miguel Francº de los Ríos Redondo, vesino de dha. ciud. y residente en este valle, *a descubierto ser realengas,* a todo lo cual en observancia de lo mandado e hasistido personalmente y según lo que tengo visto hallo puede su señoría en dho. señor Juez General, hazer la mrd. que de ellas se pide *devajo de los límites y linderos que demarcan las dose estancias reguladas* y son desde donde se junta la quebrada de Cachirí con el río del Pescado dho. río 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. río del Pescado entran, *en cuya demarcación según la vista ocular allo no perjudicar, ni ser dapnificado sujeto ninguno,* y que no obstante la contradicción que consta en las diligencias que remito y otro cualquier ynforme que se puede hazer sobre el dro. que se pretende puedo justificar lo contrario, y porque así conste donde convenga doy la presente en este pueblo de Cácota de Suratá, en *veinte días del mes de septiembre de mil setecientos y cuarenta y dos años.* Andrés González y Quirós'. Llegadas las diligencias al conocimiento del Juez privativo de tierras, los sucesores del Governador Marrufo y Negrón insistieron ante él en sus puntos de vista, presentando los títulos y la información testimonial levantada con fecha 11 de septiembre de 1742 a que arriba se ha hecho referencia, así: '...En los autos sobre unas tierras en jurisdicción de dha. ciudad (pamplona) que *por vacas ha pretendido don Miguel Redondo* desimos que haviendo ocurrido ante V. S. para que se nos considere término para presentar los títulos que tenemos en dhas. tierras y en que emos subsedido por compra a Dña. Margarita Marrufo, y haviéndome condusido yo, dho. Isidro, a esta Corte y traído los títulos y demás instrumtos. que comprueban el derecho de *propiedad y posesión* que hemos tenido yo y el dho. Dn. Juan Ignacio Salgado *hasemos presentasión de ellos y de la escritura de venta que se nos hiso de dhas. tierras para que en su vista se sirva V. S. de despreciar la pretensión de dho. Redondo,* y ampararnos en dha. *propiedad y posesión* de las enunciadas tierras lo que en dro. tiene lugar por las rasones siguientes. Lo uno porque haviéndole consedido a don Juan Marrufo, primer dueño de ellas, el año de 707 por el Superior Govierno, y amparándosele por tres despachos de los señores Jueces privativos de tierras y dándosele posesión, en su virtud les hiso suias, con justo título, y sus herederos, para poderlas vender, como con efecto nos las vendió por la escritura públi dha. Dña. Margarita pr. lo qual tenemos el derecho a ellas, y labrándolas y arrendándolas a las personas que constan de la información que solemnemente

presentamos, por donde se evidensia, asi el dolo con que ha prosedido dho. don Miguel Redondo, de querer presisar a los testigos para que declarasen a su complacensia, maltratándolos 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 desde la quebrada de la Mona río avajo de Cachirí, a dar al río de la Magdalena en cuio continente se halla el río 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 título dos caballerías, *siendo así que se le ampara en dhos. títulos al primer poseedor en todo el continente de la tierra que siñen los dos linderos; y no haviéndosele concedido ad mensuram, sino ad corpus, ayga más, o menos de dhas. cavallerías, toda la tierra que comprehenden los linderos deve ser nuestra;* lo otro porque dho. D. Miguel Redondo, haviendo ynformado con subrepción sobre lo *realengo* de dhas. tierras para conseguir lo que tiene verdadero dueño, este fraude no le deve patrocinar, sin ser motivo de excluirle de tan injusta pretensión sirviéndose V. S. de así mandarlo, con las penas correspondientes para que se execute lo que determinare, en justicia, ella mediante... Por Da. Petronila Subieta como su Procurador, Diego de la Plata. Dr. Rocha. Ysidro Vásquez Santos Gil'. El Juez Privativo de tierras, contra lo pedido por los sucesores del Governador Marrufo y Negrón, dictó el 24 de octubre de 1742 el siguiente auto: 'Vistos *Decláranse por realengas las dose 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, presediendo el que la parte de Dn. Fronc° de los Ríos Redondo *exiva en reales cajas cien patacones cantidad correspondiente a dies estancias según el abalúo que se le hase merced de ellas de que se le despachará título cumpliendo con la exsivisión sin perjuicio 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 dies y seis patacones lo que exivirán de por mitad en estas reales cajas a cuyo favor constando por certificación de oficiales reales el entero se les despachará yguálmente título,* con lo que se les releba del grabamen del arrendamiento, ni de benir talves a desamparar las posesiones en que se hallan y que a costa de su trabajo descubrieron, *y por lo que mira a la pretención de Doña Petronila Subieta y de Isidro Vásquez se les notifique usen del derecho que pretenden en el Superior Govierno.* Albares.—Provyo. el Sr. Lizd° don Manuel Bernardo Albares Fiscal de su Mgd. en la Rl. Auda. de este Reino y Juez General privativo de tierras, sus ventas y composiciones en *Sta. Fe a veinte y cuatro de octubre de mil setesos. cuarenta y dos años'.* En seguida consta en el expediente el siguiente documento: 'Certifico q. oy día de la fecha el Sr. Dn. Miguel Redondo *enteró cien pesos por la composición que se le hiso de dies estancias* en la jurisdicción de Pamplona. Asimismo enteró dos pesos un real y un cuartillo por la *media anata* y gastos de conducción correspondientes a dha. composición. *Santafé y octubre 27 de 1742. Manl. de Porras'.* La Real Audiencia con fecha 16 de noviembre de 1742, dictó el siguiente fallo: 'Vistos líbrese despacho para que *presediendo medida y deslinde de las dos caballerías que constan de la mersed hecha a Dn. Juan Marrufo Negrón en doze de diziembre del año pasado de setecientos y siete, la mersed hecha a Dn. Miguel Franc° de los Ríos Redondo se entiende en sobras.* Y se comete al Juez más ynmediato a dhas. tierras y en caso de que sea recusado se acompañará a costa de la parte recusante. Proveiose por los señores Virrey Presdte. y Oides. de la Aud. Rl. de Su Mgd.—*Dn. Silvestre García de Quesada. Dn. Andrés Berdugo y Oquendo y Dr.* Dn. Josph. de Orósteguí y Escoto, Oides. *en Sta. Fé a dies y seis de nove. de mil setess. quarenta y dos as.'* Este fallo, después de un largo litigio entre las partes en el cual los sucesores de Marrufo y Negrón pidieron que fuera mantenido y Ríos Redondo que fuera revocado y que en su lugar se mantuviera el auto de 24 de octubre anterior por el cual el Juez de tierras declaraba como *realengas* las tierras de su petición, fue confirmado por la misma Real Audiencia según auto de fecha 22 de diciembre del mismo año de 1742: *'Vistos. Confírmase el auto provehido en dies y seis de noviembre de el presente año y en lo demás pasen los autos al señor Juez General Privativo de tierras, etc., etc.'* "

Refiriéndose el señor abogado del opositor a los documentos transcritos, dice: En virtud de estos dos autos de la Real Audiencia (se refiere al de 16 de noviembre, ya inserto, y a otro que lo confirmó del 22 de diciembre) ya no cabe duda ninguna acerca de la calidad de las tierras pedidas por Ríos Redondo: estas *no eran realengas,* como lo había declarado el Juez Privativo de Tierras en auto de 24 de octubre, sino que hacían parte de la adjudicación hecha al Gobernador Marrufo y Negrón, dentro de cuyos linderos (la quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el grande de la

Magdalena) tenía el citado Gobernador la facultad de escoger sus dos caballerías. Si esto no fuera así, la Real Audiencia hubiera confirmado de plano, como lo pidió insistentemente Ríos Redondo, el auto del Juez de Tierras que las consideraba realengas. Y la Real Audiencia no podía aceptar esta tesis porque, como se ha visto, todos los terrenos cobijados por los linderos dados por el Gobernador habían sido segregados de los realengos, sobre ellos se le reconoció título, sobre ellos se le hizo confirmación, sobre ellos se le amparó en varias ocasiones y ellos todos le fueron entregados 'debajo de tales linderos' para que escogiera dentro de ellos sus dos caballerías. La razón de esto fue la de que se consideró en aquel tiempo que las tierras que comprendían los linderos del Gobernador 'eran tierras muy ásperas con muchos peñazcos y montes y dos pedazos de tierra limpia muy cortos' —como lo dicen los testigos Juan Páez y Luis de Palencia en las informaciones sobre las diligencias de aquella adjudicación. Por eso mismo la Real Audiencia ordenó en auto de nueve de marzo de 1743: 'que las dichas dos caballerías bajo los linderos expresados en la merced que se hizo a don Juan Marrufo y Negrón, debe entenderse 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'. El litigio entre los sucesores del Gobernador y Ríos Redondo planteó, pues, la cuestión, y a partir de los dos fallos de la Real Audiencia que quedan citados, la adjudicación a Ríos Redondo no puede considerarse en tierras *'baldías o realengas'*, ni se contrae a las diez estancias que fueron *reguladas* dentro de los linderos dados por el citado Ríos Redondo, sino que se extendió *sobre las sobras* de la adjudicación hecha a Marrufo... No existe razón ninguna para limitar la adjudicación a Ríos Redondo solamente a las *diez estancias* que fueron *reguladas* dentro de los linderos dados por éste, pues claramente se ve que la Real Audiencia no tuvo en mientes tales estancias por no ser realengas, sino las sobras de las dos caballerías dentro de los linderos dados a éstas. Si la merced o adjudicación a Ríos Redondo se hubiera limitado a diez estancias —como lo pretenden el ingeniero doctor Uribe y el abogado doctor Parodi, del Ministerio de Minas y Petróleos— sería evidente la necesidad de deslindar y medir primero las *dos caballerías*, luégo las *diez estancias*, para luégo *verificar las sobras*, lo cual está abiertamente contra el espíritu y el texto clarísimo de los fallos. Y no estará por demás examinar lo que en el lenguaje común y corriente se entiende por *sobras*. Y como se trata de fijar el significado y de precisar el alcance de un vocablo, parece lo natural ocurrir al código autorizado del idioma, que lo es el Diccionario de la Academia Española. Dice éste, en su edición décimaquinta del año de 1925: '*Sobra*. Demasía y exceso en cualquier cosa sobre su justo sér, peso y valor..... 4. Por ext, *lo que queda o sobra de otras cosas*'. Aplicando al caso la significación y alcance natural del término *sobras*, se tiene: 'demasía y exceso en cualquier cosa sobre su justo sér...' ¿Cuál sér? El *sér de dos caballerías*, contenidas dentro de los linderos dados a la merced del Gobernador Marrufo y Negrón. Y añade el diccionario: 'Lo que queda o sobra de otras cosas'. Esto es, en el presente caso, lo que queda o sobra de la merced concedida al Gobernador por los linderos que en dicha merced se expresaron: 'la quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena'. Claramente se advierte que esta significación natural del término *sobras* armoniza de manera exacta y completa con los fallos de la Real Audiencia que quedan analizados antes y que fijaron la extensión de las adjudicaciones coloniales, con los dos únicos elementos que las integran. ...A la luz de los documentos que se dejan analizados no queda, pues, duda ninguna de que *las sobras* a que se refieren los fallos de la Real Audiencia y del mismo juez privativo de tierras, comprendieron todas las tierras quedantes de la merced hecha al Gobernador Marrufo y Negrón, y que la extensión comprendida dentro de los linderos de ésta ('la quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el grande de la Magdalena') ingresó íntegramente, desde entonces, con justo título al patrimonio particular del Gobernador don Juan Marrufo y sus sucesores y al de don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y Joseph Naranjo, no quedando pendiente otra cosa —como lo anoté antes— que la realización de la 'medida y deslinde de las dos caballerías', del Gobernador, para 'verificar las sobras' de Ríos Redondo."

Como ya se expresó, lo principal de la argumentación del señor abogado se basa en el significado que le atribuye a la expresión *sobras*, empleada en los documentos copiados y que también era de uso frecuente en documentos análogos producidos por las autoridades de la Colonia que intervenían en la adjudicación de tierras realengas.

El señor apoderado del opositor expresa, en forma muy clara, su pensamiento de que la adjudicación a Ríos Redondo debió comprender y comprendió todo el sobrante de la merced a Marrufo, por los *linderos*, así llamados por él, que aparecen en la merced, a saber: "corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río grande

de la Magdalena". Considera dicho señor abogado que a esa conclusión se llega principalmente por la interpretación que le da a las providencias de la Real Audiencia y por el significado común u ordinario de la palabra *sobras*. Los autos de la Audiencia son el de 16 de noviembre de 1742 y el de 9 de marzo de 1743. El primero dispuso: "Líbrese despacho para que precediendo deslinde y medida de las dos caballerías que constan en la merced hecha a don Juan Marrufo Negrón en doze de diciembre del año pasado de setecientos y siete, la merced hecha a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo se extienda en sobras". Y el segundo dijo: "Que las dichas dos caballerías bajo los linderos expresados en la merced que se hizo a don Juan Marrufo Negrón debe entenderse 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 merzed". Y el significado que le asigna a la palabra *sobras* lo lleva a afirmar que son en el presente caso "lo que queda o sobra de la merced concedida al Gobernador por los linderos que en dicha merced se expresaron: 'la quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río Grande de la Magdalena'."

Estima la Corte equivocada la interpretación que hace el representante del opositor de lo dispuesto en los autos de la Real Audiencia, y la deducción que de ellos saca, de que *las sobras* de la merced a Marrufo no eran tierras realengas.

En primer lugar, el entendimiento natural y directo del primer auto de la Audiencia, derivado de su simple lectura, es muy otro del que le da el señor abogado. La providencia del 16 de noviembre de 1742 dispuso que precediendo el deslinde y la medida de las dos caballerías a que se refirió la merced hecha a Marrufo, la que se hizo a Ríos Redondo *se entiende en sobras*. Esta expresión, por sí sola, y con los antecedentes conocidos a través de los autos, no admite un sentido distinto de lo que expresan sus términos: que la merced hecha a Ríos Redondo se entienda, se haga, realice o ejecute *en sobras* resultantes de la medida de las dos caballerías a Marrufo Negrón. En modo alguno tal expresión da base para deducir que la merced a Ríos Redondo se extienda *a todas las sobras* quedantes de la merced a Marrufo; *en sobras* sí, en sobras de la primera merced, es lo que está diciendo el auto de la Audiencia. No se ve cómo pueda deducirse de esa providencia que *todas las sobras* de la adjudicación a Marrufo habían de constituír la adjudicación a Ríos Redondo. La sola referencia que en auto del 9 de marzo de 1743 se hace a "los límites y linderos contenidos en la expresada merzed" no autoriza a deducir que la segunda adjudicación, la de Ríos Redondo, debiera comprender todas las tierras útiles e inútiles dentro de tales límites y linderos, sino como el texto de la Audiencia lo establece, que "*las dos caballerías* de Marrufo deben entenderse *en tierras* útiles, y en caso de no haberlas o que no alcancen en las inútiles"; el propio fallo limita la extensión *a las dos caballerías*, advirtiendo que deben entenderse *en tierras* comprendidas en los límites de la merced tantas veces mencionada; *en tierras*, se repite, y no *en las tierras* (todas) las que se comprendieran en los límites y linderos de la merced.

Esta interpretación natural y obvia que les da la Corte a los fallos de la Real Audiencia de Santafé se halla de acuerdo con el concepto que respecto a *las sobras* se tenía por las autoridades coloniales que intervenían en asuntos de tierras. La Sala cita dos casos que ilustran la materia y que aparecen relacionados en la sentencia proferida por la Corte el 5 de agosto de 1942, publicada en la *Gaceta Judicial*, tomo LII, número 1987.

A folios 957 a 982 del volumen primero, Sala de la Colonia, Sección Civil de Santander, del Archivo Histórico Nacional, se encuentran los documentos contentivos de la adjudicación de tierras a José Gregorio Ferreira, hecha por el Juez Subdelegado de Tierras de Pamplona y San Cristóbal y el Virrey don Pedro Messía de la Zerda, en el año de 1766. De las piezas correspondientes, publicadas en la *Gaceta*, páginas 848 y siguientes, se toman estos pasajes:

"*Auto del Juez Subdelegado.*—Parroquia de San Antonio, enero 21 de 1786. ...En esta atención siendo exequible el pedimento, cométese comisión a don Felipe de Madariaga ...para que con dos avaluadores, recibiéndoles juramento, pase al sitio que se expresa en el pedimento, *y teniendo por independientes las dos estancias de tierra de Antonio de la Parra, hará un cálculo de las demás* (por no haber medidas o acostumbrarse en estas partes) *que quedaren baldías y las hará avaluar*, y puesto por diligencia remitirá a mí los autos; así lo prevei, mandé y firmé, yo don Juan Francisco de Rueda, Juez Subdelegado de Tierras de la Ciudad de Pamplona y Villa de San Francisco.—*Reconocimiento y avalúo de las sobras de tierras.* En el sitio de la Floresta... en enero 22 de este año de 1766. Yo, don Felipe de Madariaga... pasé a este sitio... *y visto por mí y los dichos las sobras de las tierras de Antonio de la Parra y estas son realengas y en favor de su Magestad...* Con reflexión y acuerdo de los dichos y mi asistencia, hallamos ser seis o siete estancias más o menos pero in-

habitables por estar habitadas de los indios bárbaros motilones, y que su valor de ellas por dicha razón puede ascender e importar hasta cincuenta pesos..." *Providencia del Juez Subdelegado.* Vistas las diligencias hechas por don Felipe de Madariaga, por comisión mía, *para el cálculo de reconocer y avaluar las tierras citadas, y que resultan realengas las seis o siete estancias* y valer cincuenta pesos....." Sugieren los documentos transcritos estas observaciones: "Desde la petición hecha por Ferreira al Juez Subdelegado de tierras, aparece su propósito de que se concedan 'las demás que sobraren', en relación con las dos estancias que tenía Antonio de la Parra, en el sitio de la Floresta. En el auto del Juez se repite el concepto al decir 'y teniendo por independientes las dos estancias de tierra de Antonio de la Parra, *hará un cálculo de las demás que quedaren baldías* y las hará avaluar', y en el reconocimiento y avalúo de las tierras también se dice: 'y visto por mí y los dichos *las sobras* de las tierras de Antonio de la Parra *y estas son realengas y en favor de su Magestad'*. Es importante anotar cómo el solicitante y los funcionarios que intervinieron estimaron que las tierras que adjudicaban, de las sobrantes con relación a la merced anterior hecha a de la Parra, eran *tierras baldías* según el Juez, *realengas* de acuerdo con el reconocimiento de los avaluadores y *'en las sobras'*, también de conformidad con el parecer de estos últimos. La merced a Ferreira se otorgó haciéndose referencia por el Juez Subdelegado y por el Fiscal de la Audiencia a la Real Cédula de 1754, en particular al capítulo octavo que trata del denuncio de tierras ocupadas sin justo título; lo que confirma la apreciación de que el denuncio y la merced de Ferreira se refirieron a porciones de tierra no protegidas por la merced anterior a de la Parra *o sea a excesos o sobras de ella, calificadas de tierras realengas y baldías"*

En el Archivo Histórico Nacional, tomo XI, Tierras del Tolima, existe el expediente producido ante las autoridades coloniales sobre cuestiones de tierras suscitadas entre Pedro Sánchez y Manuel Sánchez Borda en la parroquia de Aipe, jurisdicción de Neiva. De los documentos que lo forman (*Gaceta Judicial* citada, página 876) aparece lo que sigue: *"Petición...* todavía ha quedado en aquel globo un terreno muy considerable en que desde luégo podría la benignidad de vuestra alteza beneficiar, conforme a las piadosas reales intenciones, a otro vecino honrado, como mi parte, que cargado de familia y necesitado de un auxilio tal, hizo en efecto el ánimo de ocurrir *en solicitud de que se le mercedase la tierra sobrante después de exactamente medidas y deslindadas las cuatro estancias concedidas al mencionado don Pedro Sánchez...* Ocurre éste por mi medio a la piedad del Tribunal, suplicando se digne expedir la correspondiente Real Provisión de diligencias para que de los Jueces ordinarios de Neiva el que fuese requerido proceda a practicar no sólo las respectivas *al reconocimiento del realengo, su dirección y deslinde* (haciendo de nuevo las pertenecientes a las cuatro estancias dadas en merced a don Pedro Sánchez, *para que se venga en conocimiento del verdadero sobrante)* y sobre las suficientes facultades de mi parte para poblar o cultivar el que resulte. ...*Vista Fiscal.* Muy poderoso señor. El Fiscal de lo Civil dice: que son de mandarse practicar desde luego, sirviéndose el Tribunal resolverlo así, las diligencias que se solicitan en el anterior escrito, y pide también el Fiscal... y se exige y acompañe por el comisionado el instrumento de venta que se otorgara a favor de Gaitán, *formándose el correspondiente mapa de las mercedes a Pedro Sánchez, con distinción de las demás que resulten sobrantes y realengas, que se denuncian vendidas...—Auto.* Vistos... Y en su cumplimiento procederéis con citación de los colindantes y circunvecinos, *a la averiguación del realengo que se denuncia, su medida y amojonamiento...—Vista Fiscal.* Muy poderoso señor. El Fiscal de lo Civil dice: ....De modo que estando ya hecha merced de ellas a padre e hijo en número de 13 o 14, que es casi el que ahora se espone por don Manuel Sánchez, *parece que no debe tener lugar su solicitud sino que resulte de sobras de las que legítimamente tienen y poseen los primeros...* De estos documentos, producidos por el Fiscal y la Audiencia, aparece claro que los funcionarios que intervinieron entendían que la Real Hacienda tenía interés en evitar y sancionar los traspasos de tierras que la Corona no había enajenado; que *las tierras sobrantes* respecto a la adjudicación a Pedro Sánchez *eran realengas;* y que en el juicio se trataba de la averiguación de *un realengo* denunciado y pedido para que se hiciera merced a Manuel Sánchez Borda".

Los dos litigios de tierras a que se refieren las transcripciones precedentes, que se originaron en la merced hecha en Pamplona a José Gregorio Ferreira y en la hecha en Aipe a Pedro Sánchez, ilustran grandemente la cuestión que considera ahora la Corte. En esos dos casos, como en el de la merced a Marrufo y Negrón y la adjudicación posterior a Ríos Redondo, se trató de la entrega de tierras realengas a un segundo adjudicatario después de haberse efectuado una primera adjudicación. Al solicitarse la segunda, en todos los tres casos las autoridades correspondientes resolvieron que el segundo pedimen-

to prosperara en cuanto se midiese el área de la primera merced, *para que la segunda se ejecutase en sobras de aquélla. "Y teniendo por independientes las dos estancias de tierra de Antonio de la Parra* —se dijo en el caso de Ferreira— *hará un cálculo de las demás que quedaren baldías y las hará avaluar"; "Formándose el correspondiente mapa de las mercedes a Pedro Sánchez* —se dijo en el caso de éste—, *con distinción de las demás que resulten sobrantes y realengas, que se denuncian vendidas"; "Líbrese despacho para que precediendo medida y deslinde de las dos caballerías de tierra que constan en la merced hecha a don Juan Marrufo Negrón* —se dispone en el auto de la Audiencia— *...la merced hecha a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo se entienda en sobras".* La analogía, casi la igualdad, de los tres casos, el de Ferreira, el de Sánchez y el de Marrufo y Negrón, permiten e imponen deducir para todos tres unas mismas consecuencias. En los casos de Ferreira y Sánchez las autoridades que intervinieron en las controversias establecieron de modo claro que las adjudicaciones de mercedes pedidas después de la de Ferreira y de la de Sánchez, prosperarían siempre que se demostrara la existencia de *los sobrantes* en las primeras adjudicaciones *y considerándose que esos sobrantes eran tierras realengas,* y por lo mismo adjudicables en el carácter de tales. En el caso de Marrufo y Negrón, la expresión del auto de la Audiciencia de que "la merced hecha a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo *se entienda en sobras",* indica una situación idéntica a la contemplada en los otros dos casos: después de medidas las tierras de Marrufo, *en lo sobrante,* en *"las sobras"* hágase la de Ríos Redondo. Y también aquí el sobrante debía ser tierra realenga.

Se ha detenido la Sala con algún espacio en la consideración de la jurisprudencia administrativa y judicial de la Colonia en pleitos que debían desatar situaciones de hecho y de derecho análogas a las que se produjeron en el pedimento de Ríos Redondo, posterior a la adjudicación a Marrufo, porque considera que esos antecedentes jurisprudenciales sirven para ilustrar el criterio que rigió la aplicación de las leyes indianas en el Virreinato de Santafé, en el punto que ahora se examina, y sirven igualmente para fundar la presente decisión, pues por la estrecha analogía de los tres casos vistos, la Corte estima que la mejor dilucidación del punto planteado y discutido ante ella por el señor abogado del opositor, acerca del significado de *"las sobras"* en el derecho indiano, la hacen esos antecedentes doctrinarios, producidos en época de la vida colonial muy próxima a la en que se suscitó y adelantó la controversia ocasionada por las mercedes a Marrufo Negrón y Ríos Redondo. De esos antecedentes surge claro el significado de lo que eran *las sobras* en el derecho indiano: excesos, sobrantes de una adjudicación, lo que quedaba después de hecha, en un punto o sitio, o dentro de unos linderos, y que tenía el mismo carácter *realengo* de la tierra adjudicada.

Ya se vio cómo el representante del opositor afirma, refiriéndose a las providencias del 16 de noviembre y 22 de diciembre de 1742, que no cabe duda acerca de la calidad de las tierras pedidas por Ríos Redondo, que no eran realengas "sino que hacían parte de la adjudicación hecha al Gobernador Marrufo y Negrón, dentro de cuyos linderos ...tenía el citado Gobernador la facultad de escoger sus dos caballerías. Si esto no fuera así —agrega— la Real Audiencia hubiera confirmado de plano, como lo pidió insistentemente Ríos Redondo, el auto del Juez de Tierras que las consideraba realengas. Y la Real Audiencia no podía aceptar esta tesis porque, como se ha visto, todos los terrenos cobijados por los linderos dados por el Gobernador habían sido segregados de los realengos". Y más adelante expresa: "...y a partir de los dos fallos de la Real Audiencia que quedan citados la adjudicación a Ríos Redondo no puede considerarse en tierras *vacas o realengas,* ni se contrae a las diez estancias que fueron *reguladas* dentro de los linderos dados por el citado Ríos Redondo, sino que se extendió sobre las sobras de la adjudicación hecha a Marrufo... pues claramente se ve que la Real Audiencia no tuvo en mientes tales estancias por no ser realengas, sino las sobras de las dos caballerías dentro de los linderos dados a éstas". Observa la Sala que la Real Audiencia *no revocó* el auto del Juez Privativo de Tierras que había declarado no ser realengas las que se solicitaban, sino que dispuso, respetando la merced hecha a Marrufo y Negrón, la que así implícitamente reconocía como tierra no realenga sino ya adjudicada, que se midiesen las dos caballerías de Marrufo y que en lo sobrante se entendiese hecha la adjudicación a Ríos Redondo. Esta providencia, en modo alguno puede considerarse como una revocación de lo dispuesto por el Juez Privativo de Tierras. Este había dicho: "Decláranse por realengas las doce estancias que constan reguladas por los peritos"; la Real Audiencia no dijo que esas doce estancias no fuesen realengas; simplemente aplazó la adjudicación que el Juez autorizaba de ellas a Ríos Redondo, previo el pago de su valor, para después que fuesen medidas las dos caballerías de la merced a Marrufo y Negrón. Lo que es bien distinto a revocar la declaración de que las tierras de que se trataba

eran realengas. Al contrario, el asentimiento que la Audiencia hacía al propósito perseguido por Ríos Redondo de que se le otorgara la adjudicación, está indicando que la Real Audiencia procedía en el entendimiento de que las tierras solicitadas pertenecían al Soberano y podían comprometerse en la merced solicitada. Lo dicho en cuanto a ser realengas las tierras en cuestión es bastante, a juicio de la Sala, para basar su parecer en este punto, contrario al sustentado por el representante del opositor.

Respecto a su otra afirmación de que las tierras de la merced a Ríos Redondo comprendieron *todas las sobras* de la merced hecha a Marrufo, ella ya fue contestada con las consideraciones anteriores en que se fijó el entendimiento que debe darse, conforme al derecho indiano, a *las sobras de tierras* en las adjudicaciones antiguas. Ahora se agrega que el procedimiento seguido por las autoridades coloniales, a que se hizo referencia, en los casos de las mercedes a Ferreira y a Sánchez, no fue otra cosa que la aplicación de un precepto muy claro y categórico de la legislación vigente en la época de que se trata y que se hallaba consignado en la Ley XV, Título XII, Libro IV de la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias: "Los que se hubieren introducido y usurpado más de lo que les pertenece, conforme a las medidas, sean admitidos *en cuanto a lexceso,* a moderada composición, y se les despachen nuevos títulos". Y el de otra norma que autorizaba el denuncio de esos excesos por terceras personas para su adjudicación a ellas. Y en el fondo de ambas reglas, el principio que informa toda la legislación indiana sobre tierras, de que éstas no podían pasar del poder de la Corona al de los particulares sino en virtud de actos dispositivos del Soberano, que constituían el título para la entrega de la tierra o que saneaban situaciones anteriores de ocupación sin título. Las *sobras* eran *excesos,* a la luz del Derecho, y éstos se reputaban ilegítimos si acerca de ellos no se obtenía título. Las obras, respecto de una adjudicación, quedaban comprendidas en el concepto de excesos y podían ser denunciadas por persona distinta del titular de la adjudicación a que las sobras se referían. Tal cosa, o algo muy análogo, ocurrió en los casos de Marrufo Negrón y Ríos Redondo. Al primero se le había otorgado ya merced por dos caballerías de tierras; el segundo pidió que se le hiciera otra merced en una zona que se reputó *sobrante* de la primera, *en sobras* de aquélla; es decir, en terrenos realengos, porque las sobras, como ya se ha visto, eran excesos, y los excesos pertenecían a la Corona. Las sobras de la merced a Marrufo eran, pues, realengos, y para la adjudicación a Ríos Redondo de diez estancias de tierra *en ellas,* fue para lo que se siguió el trámite que ilustran los documentos examinados, no para la entrega a él *de todas las sobras.*

Ni las tierras a las cuales se refirió Ríos Redondo cuando solicitó su adjudicación habían dejado de ser realengas, ni esa adjudicación podía tener otro carácter, ni lo tuvo, que el de una merced de tierras realengas en extensión determinada o determinable de diez estancias, las que se debían entregar después de medidas las dos caballerías de Marrufo y Negrón.

Conforme al Diccionario de la Lengua, y según lo advierte el opositor, *sobra* es demasía y exceso en cualquier cosa sobre su justo sér, y por extensión, lo que queda o sobra de las otras cosas: y en el caso del presente pleito "lo que queda o sobra de la merced concedida al Gobernador". Aceptando y aplicando este entendimiento del término *sobra,* las sobras de la adjudicación a Marrufo es *lo que queda o sobra* de esa merced; pero no como lo pretende el abogado del opositor, como sustraído o segregado del patrimonio real, porque tal segregación no se había hecho al adjudicarse las dos caballerías, sino que esas tierras eran *sobras realengas,* del propio modo que también lo fueron las tierras pedidas para una segunda adjudicación en los casos de las mercedes a Ferreira y a Sánchez.

Capellanía otorgada por doña Ángela Rodríguez, viuda de Miguel Francisco de los Ríos Redondo, sobre las tierras del río Pescado.

En el año de 1752 doña Angela Rodríguez de León, viuda de Ríos Redondo, constituyó una capellanía sobre bienes raíces que habían pasado a su poder a la muerte de su esposo. Al otorgarse la capellanía se cumplieron las diligencias de rigor ante las autoridades correspondientes. La documentación acompañada por el opositor trae las copias de las diligencias y documentos que vinieron a formar el expediente de constitución de la capellanía: la petición, la información testimonial sobre los bienes, la designación de avaluadores, el avalúo, la aprobación de éste y por último la escritura de capellanía y su aprobación por las autoridades eclesiásticas. En dicha escritura declara la otorgante lo siguiente: "...funda, establece e instituie la ya expresada capellanía con la mencionada cantidad de cuatro mil ps. Los quales sitúa, carga e impone sobre las tierras, arboledas de cacao, erramta. y casas de vivienda *de su hacienda denominada Río del Pescado,* que se halla en esta jurisdicción, la qual se compone de veinte y siete estancias de ganado maior las quales dentraron en su dominio, las *dose* por mrd. que a su difunto marido le hiso su Mgd., *siete* que

compró el mencionado Dn. Miguel a los herederos del Bachiller Dn. Ignacio Salgado, y *ocho* que se han comprado después a Dn. Isidro Vasqs. sinembargo de *otra* que a ellas se une que se le compró a Chxistoval Ballejos y las sobras que ay desde el último lindero de éstas asta dar al río de la Magdalena que no se an medido pr. no haber necesidad como todo consta por títulos de mercedes, escrituras, y más instrumentos pertenecientes; assí a la pocesión, como a la propiedad (que ante mi dho. Juez manifestó) que tiene en su poder cuyas tierras lindan por la una parte con la de Dn. Isidro Vasq.; y por la otra, por lo arriba mencionado (de sobras y la otra estancia que no se sabe el número de tierras por su inmensidad, y montañas por lo que no se avaluó) con el río de la Magdalena".

El opositor comenta la capellanía y los documentos relacionados con su otorgamiento diciendo que "todos estos hechos y pruebas confirman de manera evidente la tesis de que *las sobras* a que se refieren las adjudicaciones coloniales comprendieron todo el globo de terreno hasta el río Magdalena; allí aparece comprobado que la hacienda del río del Pescado se componía de veinte y siete estancias 'fuera de la tierra de sobras' —como dicen los avaluadores—. ...A la luz de estas pruebas irrecusables aparece con evidencia que el año de 1752 los herederos de don Miguel Francisco de los Ríos Redondo eran, sin oposición de nadie, de manera pública y notoria, según 'pública voz y fama' —reconocida por las autoridades— dueños y poseedores ('como todo consta por títulos de mercedes, escripturas, y más instrumentos pertenecientes assi a la posesión como a la propiedad', presentados ante el Juez) de todo aquel globo de terreno hasta dar en el río Magdalena. Este mismo documento explica —como ya tuve ocasión de anotarlo— por qué no se hizo *deslinde y medida* entre las tierras otorgadas al Gobernador Marrufo y Negrón y las otorgadas a Ríos Redondo, puesto que éste y sus herederos, por medio de compras sucesivas, habían llegado a ser dueños de todo aquel globo de terreno. ...La viuda de Ríos Redondo al constituir la capellanía con las formalidades legales vigentes a la sazón obró como dueña y poseedora, sin contradicción alguna, y no como quiera, sino como poseedora hasta el río de la Magdalena".

La Sala observa que en el instrumento de constitución de la capellanía, la otorgante expresa que la impone "sobre las tierras, arboledas de cacao, erramta. y casas de vivienda *de su hacienda denominada río del Pescado,* que se halla en esta jurisdicción, la qual se compone de veinte y siete estancias de ganado maior las quales dentraron, las *dose,* por mrd. que a su difunto marido le hiso su Mgd...."; lo que está en perfecto acuerdo con la merced ya examinada en este fallo que se concedió por diez estancias a Ríos Redondo en las sobras de la merced hecha a Marrufo y Negrón; las demás estancias relacionadas en la capellanía se habían adquirido por compras a otras personas. Lo primero que ocurre anotar es dicha concordancia entre la adjudicación a Ríos Redondo y las doce estancias que se relacionan en la escritura de capellanía, circunstancia que sirve para deducir la ubicación de la llamada hacienda del río Pescado; a que se refirió la otorgante, en la misma zona a que se contrajo la merced a Ríos Redondo. Lo propio puede decirse de la otra estancia comprada a Cristóbal Ballejo. Esta coincidencia o identidad de la ubicación sirve para localizar las tierras de la capellanía en la nombrada región del río del Pescado. Y establece también, por la mención que a la merced de Ríos Redondo hace la capellanía, que dicha merced se extendió apenas a tales estancias.

La viuda de Ríos Redondo pudo estar en posesión y tener la propiedad de las veintisiete estancias de tierra, hecho que parece demostrado con las diligencias informativas que se produjeron al constituirse la capellanía; pero esa propiedad se estaba acreditando, en el momento en que la capellanía se otorgó, no frente al Estado, sino entre particulares que eran los poseedores o dueños colindantes.

La capellanía, por sí misma, no demuestra que las tierras habían salido del poder del Estado y pasado al patrimonio de la otorgante cuando aquélla se constituyó. Mas las referencias que ella contiene a las mercedes hechas a Ríos Redondo y a Ballejo, son verosímiles.

La expresión referente a las sobras, que se incluyó en la capellanía, carecía de sentido jurídico si con ella se pretendía que se hallaban en el patrimonio de la otorgante las tierras llamadas *sobras* "desde el último lindero de éstas asta dar al río de la Magdalena". Las sobras según el derecho indiano, eran realengos, como todas las demás tierras de esta clase, que se podían obtener en adjudicación mediante los trámites establecidos: estaban sujetas al otorgamiento de un título nuevo, en unos casos, cuando se pretendían por terceras personas en relación con el primer adjudicatario; y en otros, exigían, para su obtención como bien patrimonial privado, el de su mensura y entrega por medidas o por linderos, según las reglas generales de enajenación de tierras del Soberano. Pretenderse, contra el claro tenor y mandato de las leyes de Indias, que una porción más o menos grande de tierras podía pasar al patrimonio par-

ticular por la sola referencia que en un título limitado a dos caballerías de tierras se hizo a un punto arcifinio distante, el río Magdalena, al decirse "río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena", es ignorar que semejante pretensión jamás podía traducirse en dominio privado de tierras, frente a la Corona, sino una vez que las sobras en referencia fuesen adjudicadas con título nuevo a persona distinta del primer adjudicatario, de Marrufo y Negrón, y ya se vio que la merced a Ríos Redondo se limitó a diez estancias; o bien agregándose en el hecho a una adjudicación anterior —en la hipótesis que se contempla a la de Ríos Redondo traspasada a su viuda— pero tal agregación de hecho no era admisible por la legislación indiana como legítima, considerándose al ocupante de hecho, del exceso, de las sobras, como un usurpador de las tierras del Rey, que no podía llegar a ser dueño sino arreglando su estado irregular mediante la composición, la que en la práctica equivalía a la obtención de un título, pues para alcanzarla el interesado debía medir, avaluar y amojonar las tierras y recibir entrega formal de ellas. Y respecto de las sobras de que aquí se trata, los documentos acompañados no acreditan tales hechos constitutivos de la composición de esas tierras con el Soberano español. Por eso se afirma, repitiendo, que jurídicamente carece de valor la mención que en la capellanía instituida por la viuda de Ríos Redondo se hace a unas sobras de tierras situadas entre un lindero de una adjudicación que allí se indica y el río Magdalena.

Ni las Reales Cédulas de 15 de octubre de 1754 y de 2 de agosto de 1780 "revalidaron y consolidaron las adjudicaciones", ni "los contratos particulares" a que alude el alegato del opositor demuestran el traspaso de las tierras a aquéllos.

Hace el señor abogado un comentario a las Cédulas Reales mencionadas, para decir más adelante lo que sigue: "Queda, pues, comprobado que las Cédulas Reales de 15 de octubre de 1754 y de 2 de agosto de 1780 revalidaron y consolidaron las adjudicaciones hechas, entre los años de 1707 y 1743, al Gobernador don Juan Marrufo y Negrón, a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo (en cuya adjudicación se comprendieron todas las *sobras* de aquélla dentro de sus linderos: 'la quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el Grande de la Magdalena'), a Xptobal Ballejo y a Joseph Naranjo; que dichas Reales Cédulas ampararon también los *contratos particulares* de venta hechos por doña Margarita Marrufo (heredera del Gobernador) a Isidro Vásquez Santos Gil y al Bachiller Juan Ignacio Salgado, así como la transmisión por herencia a los herederos de éste y la venta de dichos herederos y de Isidro Vásquez Santos Gil y de Xtobal Ballejo a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo y a sus herederos; y, finalmente, que dichas Reales Cédulas ampararon también y ordenaron respetar el estado posesorio que se comprueba con la capellanía que sobre las tierras del Río del Pescado otorgó doña Angela Rodríguez de León en el año de 1752. Luego tales terrenos, por los linderos tántas veces citados, salieron —como ya he tenido ocasión de decirlo— definitivamente del patrimonio del Rey y no entraron en el de la República, que jurídica e históricamente sucedió a la Corona Española".

Para no extender el presente fallo a una materia que fue ya ampliamente dilucidada por la Corte en los puntos a que se refiere el anterior pasaje del alegato, sobre interpretación de las Reales Cédulas de 1754 y de 1780, no entra la Sala a referirse concretamente a las consideraciones hechas por el señor abogado respecto a las mencionadas leyes de Indias. En el fallo a que ya se refirió la Corte en esta sentencia, publicado en el tomo LIII, número 1987 de la *Gaceta Judicial,* se hace un extenso y cuidadoso estudio de la legislación indiana sobre tierras y se llega a conclusiones doctrinarias que entonces y posteriormente ha aplicado la Corte y en las cuales ahora se mantiene para aplicarlas en este litigio. Allí se estableció —sin que hasta ahora se haya demostrado una tesis diferente por otras personas ni por el abogado del opositor— que las cédulas de 1754 y 1780 no tienen ni tuvieron el alcance y sentido que pretende deducirles el señor apoderado. Y concretando esta afirmación a las que hace el alegato en su parte inserta, cabe decir que la Cédula de 1754 fue, en todas las leyes de su género, la más severa en cuanto a los requisitos que debían satisfacerse para el traspaso legítimo de las tierras de la Corona a los particulares; que la Cédula de 1780 no amparó, como se pretende, de cualquier modo a los poseedores, porque amparándolos, debían sin embargo, los que no tenían título, ir por él dentro de determinado tiempo; y porque los llamados "contratos entre particulares" no tuvieron el poder de hacer el traspaso al dominio privado de tierras pertenecientes al Soberano. Los actos cumplidos entre particulares, como el de la capellanía que otorgó doña Angela viuda de Ríos Redondo y las compras que ella o su antecesor habían hecho, pertenecen a esa categoría de actos y contratos que, como se expresó en la sentencia citada, en el punto número 93, no tuvieron la virtud de traspasar el do-

minio realengo, aunque sí la de amparar la posesión para los fines, previstos y ordenados por la Cédula Real, de alcanzar la composición de las tierras ocupadas sin título.

No puede, pues, sostenerse que por aplicación de lo dispuesto en las Cédulas de 1754 y de 1780, los terrenos presuntivamente comprendidos por los títulos aducidos por el opositor, según la alinderación que él les señala, salieron del patrimonio de la Corona al de los particulares antes de expirar el período colonial.

Las Resoluciones de 22 de noviembre de 1880 y la Resolución número 215 de 1918.

Un antecesor de la Richmond Petroleum Company of Colombia, el señor José María Valenzuela, se dirigió en el año de 1880 al Secretario de Hacienda solicitando que se declarara que unas tierras que poseía en el Estado de Santander no eran baldías y por lo tanto no pertenecían a la Nación, tierras que describió en su solicitud. El Secretario de Hacienda profirió la Resolución del 22 de noviembre de ese año, en la cual, después de describir las tierras conforme a los linderos que aparecen en la escritura número 208 de 10 de septiembre de 1856, en que consta la venta que de ellas le hace Juan de Dios Vargas Parra a Ulpiano Valenzuela, se dice: "En vista de los documentos de que se ha hecho mención, se declara: En concepto del Poder Ejecutivo no son baldíos sino de propiedad particular los terrenos que formaron la posesión que se denominó Río del Pescado, por los linderos insertos en el parágrafo primero de esta declaratoria. Esta declaratoria se hace salvando los derechos que por otros títulos puedan tener a los mencionados terrenos la Nación o los particulares, y salvando también las excepciones que judicialmente puedan hacerse valer contra los títulos exhibidos por el peticionario".

En el año de 1918 el señor Ulpiano A. de Valenzuela y otros hicieron una solicitud ante el Ministerio de Agricultura, análoga a la de 1880, solicitando que se declarara que sobre las tierras a que se refirieron en su petición que hacían parte de las cobijadas por el pedimento de 1880, "existen títulos de propiedad particular que el Ministerio ha tenido a la vista y de los cuales ordene que se tome nota en la sección respectiva de ese Ministerio". Este dictó su Resolución número 215, del 4 de julio del citado año, que termina así: "En esta virtud y no pudiendo este Despacho desconocer la legitimidad de los títulos de propiedad presentados por el señor Valenzuela sobre las dos extensiones de terrenos de cuya alinderación se ha tomado nota, *resuelve:* Declarar que por los linderos expresados en los considerandos de la presente Resolución, las dos extensiones de terrenos que ellos encierran, situados en la zona fronteriza de los Departamentos de Santander, Norte de Santander y Magdalena aparecen adquiridos por los señores Ulpiano A. de Valenzuela, Elvira de Valenzuela de Ribón y Carlos de Valenzuela, conforme a los instrumentos públicos que se dejan citados. Para los fines consiguientes transcríbase a los Gobernadores de los Departamentos nombrados".

Refiriéndose el abogado del opositor a las Resoluciones de 1880, expresa: "Ese acto formal del Poder Ejecutivo Nacional se fundó, entre otros antecedentes legales, en la referida escritura de venta de Vargas Parra a Valenzuela de 1856, o sea en un justo título muchos años anterior a 1873, es decir, en un título otorgado conforme a las leyes, cuando no existía reserva oficial alguna del subsuelo, y que transfirió de buena fe el dominio pleno de unos terrenos, de un patrimonio particular a otro igualmente particular. ...No existía entonces organizada específicamente la jurisdicción contencioso-administrativa, y por tanto, en esas circunstancias no había lugar a impugnar por esa vía dicha Resolución. Más tarde, de acuerdo con la Constitución Nacional, organizó la ley aquella jurisdicción que permite ocurrir ante el Consejo de Estado contra un acto del Gobierno dentro de los noventa días de publicado en el *Diario Oficial* (artículo 81 de la Ley 130 de 1913). No hubo lugar —como es claro— a impugnar por ese medio la Resolución de 1880; y no hubo controversia sobre ésta ante la Corte Suprema, porque la Resolución no se originó en contrato alguno celebrado en nombre del Estado (artículo 18, aparte *i)* de la Ley 130 de 1913). En tal virtud dicha Resolución está libre de discusión y no es impugnable ante la justicia ordinaria, ni ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. La Resolución de 1880, lo mismo que la de 1918... es una declaración formulada con autoridad legal que tiene al propio tiempo la calidad de confesión oficial. De uno u otro modo ese acto formal del Poder Público destruyó radicalmente la presunción que hubiera podido existir sobre el carácter de baldío que se le hubiese pretendido atribuir a los terrenos de Valenzuela, hoy de la Richmond. Hay en el fondo de eso una situación jurídica igual a la que resulta de la cosa juzgada".

Refiriéndose el señor abogado a la Resolución de 1918 dice: "Los instrumentos públicos a que se refiere la Resolución vienen desde 1850 y entre ellos figura la escritura número 208, de 10 de septiembre de 1856 que fue la venta otorgada por Vargas Parra a Ulpiano Valenzuela, del globo de terreno denominado 'Río del Pescado', en jurisdicción de Rionegro y Cáchira, escritura

de que se hizo también mérito en la Resolución de 1880... Contra esa Resolución, la número 215, se intentó una acción de nulidad por la vía contencioso-administrativa, pero la Sala de Decisión del Consejo de Estado no accedió a decretar la nulidad... Dicha Resolución está, pues, libre de cualquiera nueva demanda contencioso-administrativa... El título que sobre los baldíos se atribuye a la Nación, se funda en la negación indefinida de no haber salido de su patrimonio. Y es evidente que esa presunción no puede existir cuando la misma Nación reconoce el derecho de propiedad privada. Como se ha visto, el Estado ha reconocido, en vista de los títulos particulares que van mucho más allá del año de 1873, que los terrenos que fueron de la familia Valenzuela (y hoy son de la Richmond), proceden de títulos legítimos mediante los cuales fueron adquiridos por esa familia".

Claramente se ve, por las alegaciones del opositor, que éste pretende oponer, como él mismo la llama, una especie de cosa juzgada sobre la materia que es objeto de la presente decisión y que le impide a la Corte pronunciarse libremente acerca de la controversia que se le ha planteado; pues se afirma que las Resoluciones del Secretario de Hacienda en 1880 y del Ministerio de Agricultura en 1918 hicieron la declaración categórica y definitiva de que las tierras a que se refiere el título aducido en la oposición fueron reconocidas por la Nación como de propiedad privada y contra ello ninguna declaratoria puede hacerse ahora; o que a lo menos existe en las Resoluciones mencionadas una confesión del Estado que necesariamente lo vincula y que obliga a sus órganos a reconocer la propiedad particular en cuestión.

Considera la Corte que el éxito de las argumentaciones presentadas por el opositor depende del significado, contenido o alcance de las Resoluciones dictadas en 1880 y en 1918. Y en este particular el parecer suyo no coincide con el del señor abogado de la Compañía opositora.

Entiende la Corte que las Resoluciones mencionadas no constituyen actos jurídicamente eficaces para producir las consecuencias que de ellos pretende deducir el señor abogado; por dos razones: Porque de conformidad con la legislación orgánica de la función ejercida por una rama del Poder Público en los años de 1880 y 1918, las decisiones adoptadas entonces no podían tener el sentido que se les atribuye de trasladar del patrimonio del Estado al de unos particulares el dominio de las tierras en referencia; y porque, examinadas en su contenido y contexto las Resoluciones dichas, ellas no contienen la declaración traslaticia de dominio de que se hace mérito, sino otra muy distinta.

Se afirma por la Corte que las Resoluciones de 1880 y 1918 no podían tener el significado de trasladar la propiedad de los baldíos a los particulares, y esto es obvio. La oficina que examinaba los títulos de particulares en 1880 lo hacía para llenar una función puramente administrativa: Respetar las posesiones de tierras que aparecieran en poder de particulares, conforme a los títulos que se adujesen, para no comprometer esas tierras en las adjudicaciones de baldíos que hiciera la misma dependencia administrativa del Estado. El examen y la prueba eran simplemente administrativos y para finalidades en el mismo campo de la administración. Se cumplía o realizaba un acto de censo o empadronamiento de las propiedades, para distinguir, ante las oficinas correspondientes, las que aparecieran, conforme a los títulos aducidos, como de propiedad particular, de las que no tenían en su favor esa circunstancia, y con el objeto de separar los baldíos de la propiedad territorial privada.

Tan concreto y claro objetivo, de hacer en la práctica una separación de los dos géneros de propiedades, la del Estado y la particular, para los fines atribuídos a las oficinas encargadas de los asuntos de tierras, no es una medida que pueda confundirse con la de adjudicación o enajenación de los baldíos confiada también por la ley a las autoridades administrativas, pero que se realizaba en condiciones diferentes: Mediante un proceso para la adjudicación respectiva —como hoy se hace— en el cual se practicaban varias diligencias informativas y se levantaba el plano de las tierras.

El artículo 879 del Código Fiscal de 1873 decía: "Los que se consideren dueños de una parte de las tierras expresadas en el artículo anterior, o que pretendan tener algún derecho a ellas, deberán comprobarlo ante la oficina de la Estadística Nacional, con títulos legítimos, o con la justificación de haberlas poseído durante veinte y cinco años, con posesión continua, real y efectiva del terreno cultivado". Observa la Sala que la Resolución de 1880 se basó en la parte de la disposición que permitía el reconocimiento administrativo de la propiedad, previa la comprobación *"con títulos legítimos"* y no en la parte del artículo que autorizaba el reconocimiento —a falta de títulos legítimos— "con la justificación legal de haberlas poseído durante veinte y cinco años, *con posesión continua, real y efectiva del terreno cultivado"*. La Secretaría de Hacienda encontró, a su parecer, legítimos los títulos presentados, y en virtud de ellos se hizo el reconocimiento en mención. No hizo el reconocimiento de la propiedad con base en la posesión efectiva del terreno cultivado, o sea

en la explotación económica, a la cual le reconoció grande importancia la legislación indiana y cuya eficacia para acreditar el dominio privado se admitió después por las leyes republicanas, hasta ésta que es el Código de 1873, preceptos que conjugados con otros principios que informaron toda la legislación indiana sobre tierras, le sirvieron a la Corte para asentar su doctrina sobre la posibilidad jurídica del reconocimiento actual de la propiedad particular en materia de tierras, frente al Estado y cuando no existe el título originario otorgado por éste, de acreditar, se repite, ese dominio privado por medio de la explotación económica de las tierras, limitada a lo real y efectivamente cultivado o explotado (*Gaceta Judicial* citada, número 123). Y la Resolución de 1880 se basó en la otra facultad, la de reconocer la propiedad particular en el concepto de ser legítimos los títulos presentados, como así los consideró.

El artículo 5º de la Ley 66 de 1870 había dicho que "tienen el mismo carácter de baldíos pertenecientes a la Nación, los terrenos incultos de las cordilleras y valles, *a menos que los que pretendan tener algún derecho a ellos lo comprueben con pruebas legales o con la posesión de veinticinco años, continua, real y efectiva del terreno cultivado*", precepto que repitió el artículo 878 del Código Fiscal de 1873. El artículo 879 del mismo Código estableció: "Los que se consideren dueños de una parte de las tierras expresadas en el artículo anterior, o que pretendan tener algún derecho a ellas, deberán comprobarlo ante la Oficina de la Estadística Nacional, con títulos legítimos, o con la justificación legal de haberlas poseído durante veinte y cinco años, con posesión continua, real y efectiva del terreno cultivado". Las disposiciones mencionadas del Código Fiscal de 1873 tenían por objeto estatuir acerca del modo como las tierras baldías de la Nación podían haber pasado al dominio de los particulares. Para alcanzar tal propósito debía contemplarse la fijación de una norma de conducta que permitiera a las autoridades correspondientes despachar las solicitudes sobre adjudicación de baldíos, teniendo en cuenta que las tierras pedidas y otorgadas debían ser presuntivamente de propiedad de la Nación. Por eso, al propio tiempo que la ley define lo que se entiende por baldíos, diciendo que son los terrenos incultos de las cordilleras y valles, agrega: "a menos que los que pretendan tener algún derecho a ellos, lo comprueben con pruebas legales..." ¿Dónde debía hacerse tal comprobación? En la Oficina de la Estadística Nacional, según el artículo 879. ¿Para qué? Para que sus derechos legítimamente comprobados, o la justificación de la posesión efectiva produjeran el efecto de sustraer de la definición de baldíos, es decir de tierras disponibles para ser adjudicadas, aquellas respecto de las cuales se demostrara ante la Oficina de Estadística las calidades y circunstancias previstas.

Las atribuciones conferidas a la Oficina de Estadística Nacional, dependiente del Despacho de Hacienda, se limitaban a lo ya anotado; no facultaban a esa Oficina para hacer declaración alguna sobre la propiedad de las tierras, favorable o adversa a la Nación o a los particulares. Y éstos tenían una obligación, la de aducir sus títulos legítimos o demostrar la posesión efectiva. ¿Bajo qué sanción? No la contemplan las normas examinadas. Luego era su propio interés, el de que sus tierras no se comprometieran en adjudicaciones de baldíos, lo que inspiraba ese ordenamiento, respecto a tales personas; y una razón de interés general en relación con la Administración Pública, a fin de separar la presunta propiedad privada de la del Estado, con la finalidad inmediata de poder éste realizar la entrega de tierras en adjudicación a los peticionarios. Una declaración sobre dominio privado hecha por la Secretaría de Hacienda se hallaba fuera de las facultades conferidas a ella por el Código Fiscal de 1873.

Y es muy claro que la ley no podía conferir semejante atribución a una dependencia del Poder Ejecutivo, pues que las decisiones sobre propiedad son de las que por su naturaleza le corresponden al Organo Judicial.

El Código Fiscal de 1873 tenía dos capítulos distintos, el segundo y el cuarto, destinados a dos materias diferentes. El capítulo segundo se denomina "Administración, Arrendamiento y Enajenación de Tierras Baldías". Los artículos que tratan del establecimiento de una Oficina de Estadística Nacional (el 877); de la definición de baldíos (el 878), y de la comprobación que ante la Oficina mencionada debían hacer los que se consideraran dueños de una parte de las tierras reputadas baldíos (artículo 879), pertenecen todos al capítulo segundo; los preceptos concernientes a nuevas adjudicaciones hacen parte del capítulo cuarto que trata de la adjudicación de las tierras baldías. El artículo 875 establece que el Gobierno de la Unión *administra las tierras baldías* como las demás propiedades y bienes nacionales, y dicta las providencias necesarias para *obtener un conocimiento*, lo más exacto posible, *de los terrenos no apropiados*, su situación, su calidad y sus condiciones climatéricas. Y el artículo 877 dice: "Habrá una Oficina de Estadística Nacional con los empleados y sueldos que expresa el artículo 1197 de este Código. Además de las funciones que en él se determinan, ejercerá las generales que le señalen los

reglamentos del Poder Ejecutivo y los económicos que dicte el Jefe de la Oficina. *En ella se organizará una sección de tierras baldías para reunir todos los datos, planos y trabajos sobre la materia*". Estas disposiciones confirman el parecer ya expuesto de la Sala acerca de las funciones dadas por el Código a la Oficina de Estadística, la que, *en su Sección de Tierras Baldías* se organizaba pará fines puramente estadísticos: reunir datos, planos y trabajos sobre tierras baldias.

Las anteriores consideraciones demuestran, en concepto de la Sala, que las Resoluciones dictadas por la Secretaría de Hacienda en conformidad con el artículo 879 del Código Fiscal y la reglamentación que a él se dio por el Ejecutivo, debian limitarse a una constatación administrativa de lo que ante la oficina correspondiente comprobaran los interesados, y que tales decisiones de ningún modo podian tener el carácter que se pretende, de intangibilidad por el Organo competente de la administración de justicia.

Sin embargo, como ya se anunció, de los términos de la Resolución dictada en 1880, no se desprende la consecuencia que el opositor le deduce. En efecto, la Resolución dice: "*en concepto del Poder Ejecutivo no son baldíos sino de propiedad particular* los terrenos que formaron la posesión que se denominó Río del Pescado". Las tierras no se *declaran* de propiedad particular, sino que se expresa un concepto del Poder Ejecutivo sobre la materia.

Manifiesta el opositor que la Resolución de 1880 es firme, definitiva, porque contra ella no se ejercitaron recursos que la hubieran invalidado, y que por lo mismo, a partir de su vigencia se ha consumado una prescripción que favorece a la Compañía opositora. Como el contenido de la Resolución no es el que le atribuye el señor abogado, puesto que ella no hizo declaración sobre dominio particular territorial, sino que apenas emitió un concepto del Poder Ejecutivo, no es el caso, porque sería ello innecesario, de entrar a la consideración por la Sala de estas argumentaciones del opositor sobre la vigencia obligatoria de la Resolución de 1880.

En cuanto a la afirmación que se hace, de haberse producido por virtud de la Resolución, una confesión del Estado acerca del carácter de propiedad particular de las tierras a que la Resolución se refirió, tampoco es procedente considerar ese supuesto, ya que la Resolución no contiene la declaración que se le atribuye.

Respecto a la Resolución de 1918 es más fácil concretar el parecer de esta corporación. Dicha Resolución se basó especialmente en el parágrafo del artículo 10 de la Ley 71 de 1917, que dice: "Igualmente deberá reconocerse y respetarse en la adjudicación o entrega de terrenos denunciados como baldíos, el derecho del propietario o del adjudicatario que presenten, debidamente arreglados, sus correspondientes títulos de dominio, si éstos no han sido declarados judicialmente nulos". La Resolución 216 de 1918 dispuso: "Declarar por los linderos expresados en los considerandos de la presente Resolución, las dos extensiones de terrenos que ellos encierran, situados en la zona fronteriza de los Departamentos de Santander, Norte de Santander y Magdalena, *aparecen adquiridas* por los señores Ulpiano A. de Valenzuela, Elvira de Valenzuela de Ribón y Carlos de Valenzuela, *conforme a los instrumentos públicos que se dejan citados antes*". La Resolución, de conformidad con la ley, apenas se limitó a declarar que las tierras allí relacionadas "aparecen adquiridas" por los señores Valenzuelas, según los instrumentos públicos allegados. Esta declaración es la mejor ratificación del sentido o alcance puramente administrativo que tenían tales Resoluciones, que o no implicaban el reconocimiento del dominio privado, o cuando lo implicaban, tal reconocimiento se hacía para fines generales de la administración y no con carácter decisorio constitutivo de derechos patrimoniales. La Resolución de 1918 y las demás de su clase basadas en el parágrafo del artículo 10 de la Ley 71 de 1917, sirven para ratificar el concepto de que unas y otras, las que se expidieron con fundamento en el artículo 879 del Código Fiscal de 1873, y las que se dieron con la autorización de la Ley 71 de 1917, se encaminaban, como expresamente se declaró en esta última Ley, a reconocer y respetar los derechos de los propietarios que presentaran los títulos debidamente arreglados, para no comprometer en las adjudicaciones de baldíos las tierras a que los títulos se referían. Lo que es muy distinto a un pronunciamiento, en juicio contradictorio, sobre la calidad de un terreno, según sea baldío o de propiedad particular.

Lo expuesto es suficiente motivación para concluír que ni la Resolución de 1880 ni la de 1918 aducidas por el opositor sirven para acreditar el dominio privado que la Richmond Petroleum Company of Colombia alega en el presente juicio.

Las mercedes coloniales no operan sobre los terrenos objeto de la propuesta.

Ya se observó por la Sala cómo al hacerse la merced a Juan Marrufo y Negrón, claramente se indicó un punto o sitio arcifinio, el de la quebrada de la Mona, donde la adjudicación debía realizarse, y adonde se trasladaron los funcionarios que intervinieron en las diligencias de posesión y entrega; y que si el sitio de la que-

brada de la Mona podía abarcar las dos caballerías de tierras, en la contigüidad de esa quebrada, la merced debía entenderse ubicada en ese lugar. Al referirse este fallo a la capellanía otorgada por la viuda de don Miguel Francisco de los Ríos Redondo se expresó también el parecer de la Corte de que la concordancia, casi la igualdad, entre lo adjudicado a Ríos Redondo y las doce estancias que de modo especial se mencionan en la escritura de capellanía, sirve para deducir la ubicación de la llamada hacienda del río Pescado en la misma zona a que se contrajo la merced a Ríos Redondo y la de Cristóbal Ballejo.

Ahora es oportuno agregar que tanto Isidro Vásquez Santos Gil como doña Petronila Zubieta estimaron que las dos caballerías de que eran dueños estaban localizadas en la región del río Pescado y quebrada de la Mona. En el memorial que su apoderado dirigió a la Real Audiencia, se dijo: "Por lo dicho, don Juan Marrufo reguló en su pedimento las dos caballerías de tierra, aunque los linderos que señaló comprenden mucho más de cien estancias, pero de peñascos y riscos como lo manifiesta dicho mapa presentado, que suplicamos a la gran justificación de Vuestra Alteza se sirva mandarlo traer a la vista para su reconocimiento y formal concepto de nuestro pedimento, por lo que parece arreglado el que *se nos entere en el sitio de Vagaloma, y río del Pescado en sus márgenes, las dichas dos caballerías siguiendo la medida desde el río Cachirí para arriba,* por donde se hallan distintos entables de cacao que con nuestro permiso se han sembrado...."; y que en escrito dirigido al Juez Privativo de Tierras, el 22 de febrero de 1743, los nombrados Vásquez y Zubieta piden que "como amparados en el primer derecho *se entiendan las medidas desde la quebrada de la Mona y desde el río Cachirí, corriendo río abajo del Pescado,* donde se han entablado por nosotros las estancias que se hallan fundadas". Estas manifestaciones de los interesados, hechas a las autoridades, son muy explícitas en cuanto a la ubicación de las tierras en el sitio de Vaga-loma y río del Pescado *"en sus márgenes".*

Las deducciones a que la Sala va llegando respecto a la ubicación de las mercedes coloniales, sacadas de los documentos relacionados, se hallan confirmadas por otras razones de carácter técnico.

Al estudiarse en el Ministerio del ramo la propuesta de contrato y la oposición de la Richmond Petroleum Company, la Sección Técnica se expresa así en lo tocante con el área y la ubicación posible o probable de las mercedes:

"I.—*A don Juan Marrufo.* Dos caballerías de tierras, o sean quince estancias de ganado mayor, de 357,9685 hectáreas cada una... 5727,4960 hectáreas. Esta merced fue adjudicada según el acta de posesión en el sitio de la quebrada de la Mona y sitio de Vaga-loma dándole por uno de sus linderos la misma quebrada de la Mona. Posteriormente, según los antecedentes de la sentencia de 16 de noviembre, parece haberse admitido que también incluía terrenos de la hoya del río del Pescado; y los que habían comprado la merced solicitaron que se les otorgara 'en el sitio de Vaga-loma y río del Pescado en sus márgenes las dichas dos caballerías siguiendo la medida desde el río de Cachirí para arriba', de modo que si se cumple esa voluntad o solicitud, tendremos otros linderos que son el río del Pescado, el de Cachirí y la quebrada Vaga-loma, o Baga-loma como dice en el plano, quebrada en que desemboca la de la Mona y que es afluente del río Cachirí... II.—*A don Miguel Francisco de los Ríos Redondo.* Diez estancias de ganado mayor de 347,9685 hectáreas cada una....3579,6850 hectáreas. Esta merced se solicitó sobre terrenos situados a uno y otro lado del río del Pescado, pero como después se dispuso que se entendiera en sobras después de hacer el deslinde y la medida de la anterior, y estos trabajos no se llevaron a cabo ni figura otro dato sobre localización, lo único que sobre ubicación del área obtenida se sabe es que debía estar lindando con la merced anterior, pues no otra cosa se hubiera efectuado al cumplir lo dispuesto del deslinde y medida de ésta. Mas como sucede en tales casos que se procura atender los deseos de las partes, probablemente se hubiera ubicado la nueva merced en la banda opuesta del río del Pescado o a continuación de la anterior, río arriba. Con estas ideas y el área hallada, es fácil la fijación en el plano. III.—*A Cristóbal Ballejo.* Una estancia de ganado mayor, de ...357,9685 hectáreas. Según declaraciones del mismo y de otros testigos que figuran en el expediente, dicha estancia se hallaba en las vegas del río del Pescado, donde aquél tenía cultivado cacao y otras sementeras. IV.—*A Joseph Naranjo.* Una estancia de ganado mayor, de ...357,9685 hectáreas. Esta, lo mismo que la anterior y por análogas informaciones, se sabe que estaba ubicada en las vegas del río del Pescado. Las cuatro mercedes tienen un área total de 10.023 hectáreas con 1.180 metros cuadrados, área que como dije atrás, debe tener un descuento porque se refiere a época en que las medidas de terreno no eran, como hoy, de la proyección horizontal. Según, pues, los antecedentes, todas las cuatro mercedes debían ubicarse en los alrededores del río del Pescado, del

de Cachirí y de las quebradas de Baga-loma y de la Mona, teniendo en parte seguramente como lindero esta última quebrada y muy probablemente además los dos siguientes cauces de agua... Medida la extensión encontrada en el plano por la línea verde, resultan cerca de 300.000 hectáreas, fuera de lo que se dejó de incluir al oriente del río Pescado, con una enorme diferencia sobre las 10.000 hectáreas aproximadamente que suman las cuatro mercedes".

Al final del estudio de la Sección Técnica se encuentran estas conclusiones: "2ª Tal terreno, de acuerdo con la misma documentación, se halla ubicado entre la hoya del río del Pescado y el cauce de la quebrada de la Mona, hacia el norte del río Cachirí y de la quebrada de Bagaloma. ...4ª El lote de terreno de la propuesta hecha por el señor Hernando Franco no comprende predios de tales mercedes coloniales, pues se halla muy distante al Occidente."

El estudio de que hace parte la anterior transcripción va acompañado de un plano en el que aparecen localizadas las mercedes coloniales por el "límite de éstas y su localización probable según la Sección Técnica". El informe suscrito por el ingeniero doctor Silvano E. Uribe y el plano por el dibujante M. Jara R., con el sello de la Oficina.

En el alegato presentado por el apoderado del opositor se hacen algunos reparos al trabajo elaborado por el ingeniero doctor Silvano Uribe, los que se fundan, en términos generales, en el concepto que a dicho señor abogado le merecen los documentos que ya ha analizado la Corte y que él presentó como pruebas, a saber: las mercedes de Marrufo y Negrón y de Ríos Redondo, la capellanía instituída por la viuda de éste, las Resoluciones de 1880 y de 1918, y varias piezas documentales que se produjeron con motivo del otorgamiento de las mercedes, de los pleitos para la adjudicación a Ríos Redondo y del otorgamiento de la capellanía. La Sala ha hecho una detenida consideración de esas argumentaciones propuestas por el opositor contra el estudio y las deducciones a que llega la Sección Técnica del Ministerio, y ha podido ver cómo dichos reparos quedan contestados en lo principal, con el análisis que el presente fallo contiene de los documentos aludidos que sirvieron al ingeniero Uribe para fundar sus conclusiones. Quedaría por fuera la crítica que el abogado le hace a la equivalencia de las medidas antiguas con las modernas que aplicó para sus cálculos dicho ingeniero, pero sobre ello considera la Corte que no es necesario detenerse ahora de modo especial, sino haciendo simplemente esta consideración: con cualquiera de las equivalencias en las medidas, la que sirvió al ingeniero Uribe y aquella a que se refiere la Compañía opositora —aunque sin sostenerla categórica y razonadamente— la conclusión sería la de hallarse siempre situadas las tierras a que se contrajeron o debieron contraerse las mercedes coloniales, a una gran distancia del lote de terreno que forma la propuesta del señor Hernando Franco. Está, pues, de acuerdo, como ya se anotó, la deducción a que había llegado la Corte en el estudio de los títulos antiguos, con la deducción sacada por el ingeniero doctor Silvano Uribe respecto a la ubicación posible y presumible de las mercedes coloniales, en la región de la quebrada de la Mona y del río del Pescado, región muy distante del río Lebrija y del río Magdalena.

Explica la Sala que al estudio realizado por la Sección Técnica del Ministerio del ramo de Petróleos, no le asigna el carácter de plena prueba para determinar su juicio, porque es obvio que ese trabajo técnico no tiene tal significado. Pero anota también que la Compañía opositora no hizo esfuerzo alguno para traer al expediente la prueba técnica completa de la localización posible de las veintisiete estancias en que se concretaron los títulos antiguos, y que habría sido posiblemente, la de una inspección ocular sobre los terrenos y un dictamen pericial sobre los títulos en relación con las mismas tierras. Así se habría dado oportunidad a la producción posible de una prueba discutida en el juicio y acaso de obligatoria eficacia.

Sin embargo, considerada por la Sala la única ilustración técnica que el punto de que aquí se trata tiene en los autos, o sea el plano de la Richmond Petroleum Company, en que se dibuja el área de las mercedes coloniales llevándola hasta el río Magdalena y el de la Sección Técnica del Ministerio, en que aparecen las mismas mercedes ubicadas en la región del río del Pescado, y los estudios que ambas partes han presentado para sustentar sus tesis contrapuestas, teniendo en cuenta todo ello la Corte opta por expresar su parecer favorable a la ubicación de los títulos antiguos en región muy distante a los ríos Lebrija y Magdalena, como ya lo ha expresado, porque esta tesis de interpretación es a su juicio la que mejor se acomoda a las exigencias del derecho indiano que regulaba la materia y al contenido de los documentos que forman los títulos.

Para la Corte el área comprendida por las mercedes coloniales hay que entenderla localizada en esa zona del río del Pescado, muy distante del río Magdalena, lo que no le permite aceptar como válidos los títulos en que se apoya la oposición en cuanto se pretende que abarcan una extensa porción de terrenos, limítrofe del río Lebrija. Y como la propuesta del señor Her-

nando Franco se extiende a ambas márgenes de este río, en una zona a la cual, en opinión de la Sala, no llegarían las mercedes coloniales, dedúcese claramente, por esta última consideración, síntesis de todas las que se han hecho referentes a la oposición de la Richmond Petroleum Company of Colombia, que esa oposición es infundada porque los títulos en que se basa son ineficaces, porque el área presunta que jurídicamente deben encerrar, no se extiende al área de la propuesta.

La explotación económica de los terrenos del río del Pescado. La prescripción.

El alegato presentado por el opositor plantea dos cuestiones subsidiarias, en defecto de la principal sobre validez de los títulos otorgados por el Estado: la de la prescripción civil u ordinaria de las tierras y la de la explotación económica o prescripción *sui géneris*, con base en el derecho indiano.

Al tratar de la prescripción hace el opositor un extenso e interesante estudio que comprende dos capítulos, correspondientes al régimen español y al régimen colombiano, para llegar a la conclusión de que se configura el fenómeno jurídico de la prescripción según el derecho civil, por haber poseído, de acuerdo con las exigencias de este derecho, los terrenos in extenso que se pretende haber abarcado el título originario, y en su defecto, la posesión por un período muchas veces superior al requerido, en un transcurso de dos siglos.

Examinadas atentamente por la Sala las razones propuestas al alegar la prescripción de que se trata, encuentra que ellas no son admisibles como jurídicas, por los motivos ampliamente expuestos por la Corte al ocuparse del examen de las mismas alegaciones que ahora se hacen, cuando se consideró este importante tópico en el fallo proferido el 5 de agosto de 1942, varias veces citado y que se halla inserto en la *Gaceta Judicial* número 1987. Allí se afirma, con razones sacadas del estudio de la legislación española e indiana, cómo los estatutos sobre tierras en las Indias hacían parte del Derecho Público, no del Derecho Civil, y que se dictaron contemplando la situación de los dominios reales en las Indias, diferente a la situación patrimonial del Soberano en la Península. Y que esas normas especiales del derecho indiano no configuraron nunca la prescripción adquisitiva de las tierras realengas, con el criterio que venía desde los romanos; sino una prescripción, llamada así tal vez impropiamente, pues consistía en la adquisición de las tierras realmente cultivadas o explotadas, en cuya posesión se protegía y respetaba a los que la realizaban, pero quedando sujetos siempre a la obtención del título de adjudicación o merced.

Con base en la tesis sentada por la Corte en el fallo citado, la Compañía opositora aduce, en un capítulo de su alegato, la llamada explotación económica o *justa prescripción* como fundamento de su derecho en el presente juicio. A ese fin hace un análisis de los numerosos pasajes de los títulos —el originario y los pasados entre particulares— de donde pretende deducir, como así lo afirma, "la explotación económica de las tierras llamadas del Pescado, que se extienden como consta además de otros lugares en la capellanía constituida por la viuda de Ríos Redondo *a toda la región comprendida desde los puntos de partida señalados en las mercedes reales hasta el río Magdalena*" (se subraya). Encuentra la Sala que evidentemente los documentos que forman los títulos contienen numerosas constancias de actos de explotación económica; pero, como una consecuencia obvia de la conclusión a que ya ha llegado la Sala sobre la ubicación de las tierras del río del Pescado, a una considerable distancia del río Magdalena, hay que entender que los dichos actos de explotación económica se cumplieron en ese radio distante del río Lebrija y del río Magdalena, o sea en una zona que no alcanza a interferir el radio de la propuesta de contrato del señor Hernando Franco. Y siendo ello así, no es necesario hacer el estudio de los motivos concretos alegados para acreditar la explotación económica.

Oposición de Ana Francisca Ordóñez de Uribe y María Antonia Delgado de Ordóñez.

El señor apoderado de las opositoras manifiesta que funda la oposición en varios hechos que explica así, respecto de los principales: "Primero. El globo o lote de terreno en referencia no es de terrenos baldíos y comprende, en gran parte, los terrenos denominados en la actualidad Cuesta Rica y Villa Nueva, ubicados en jurisdicción del Municipio de Rionegro, Departamento de Santander, que son propiedad actual de la señora Ana Francisca Ordóñez de Uribe y de los menores Ramón Donato y Juana Victoria Ordóñez Delgado, herederos estos dos últimos de su tío, señor Manuel Antonio Ordóñez Serrano, terrenos que tienen el siguiente alinderamiento: 'por el Norte, tomando desde el punto que queda dos mil metros arriba de la desembocadura del caño o quebrada del Tigre en el río Lebrija, se sigue la dirección de este caño o quebrada arriba, por la margen derecha y por una línea paralela a su curso que guarde respecto de éste la misma distancia de dos mil metros, hasta el punto que queda frente a la desembocadura de la quebrada Santander en la

del Tigre; de este punto al de la misma desembocadura; de allí quebrada del Tigre arriba hasta la desembocadura de la quebrada Arrumbasón en la del Tigre, quebrada de Arrumbasón hasta su nacimiento, tomando luégo en línea recta hasta la cima de la cordillera que derrama aguas para la Luisiana y para el Volador, o sea el límite con la Luisiana; de este punto por el oriente, toda la cordillera hasta caer a las juntas del río Cachirí o Cáchira o del Pescado; por el Sur, éste abajo hasta su desembocadura en el río Lebrija, y por el Occidente, éste abajo hasta el punto situado dos mil metros arriba de la desembocadura de la quebrada del Tigre, primer lindero'. Segundo. Los referidos terrenos de Cuesta Rica y Villanueva fueron adquiridos por sus actuales dueños, señora Ana Francisca Ordóñez de Uribe y Ramón Donato y Juana Victoria Ordóñez Delgado con legal y justo título que les da derecho al suelo y al subsuelo, con petróleo y demás hidrocarburos que en tales terrenos se encuentren o existan, en virtud de los títulos de que más adelante haré relación, títulos que, con los de los antecesores en el dominio de tales terrenos, tienen un encadenamiento sin interrupción que se remonta a época muy anterior al año de 1873 y que establecen, con toda plenitud, el dominio particular. Tercero. Los expresados terrenos de Cuesta Rica y Villanueva nunca volvieron al dominio del Estado, a ningún título después de haber salido de él. El mismo Estado ha declarado y resuelto que estos terrenos no son baldíos, sino de propiedad particular, como consta de la Resolución del Despacho de Hacienda de la Unión, de fecha 22 de noviembre de 1880, por la cual el Poder Ejecutivo Nacional declaró que no son baldíos sino de propiedad particular los terrenos que formaron los del río del Pescado, por los linderos a que se refiere la escritura número 208, de 10 de septiembre de 1856, por la cual Juan de Dios Vargas Parra vendió dichos terrenos a Ulpiano Valenzuela, Resolución que se halla publicada en el número 4877, de fecha 26 de noviembre de 1880. Tal Resolución se halla ejecutoriada y contra ella no existe acción legal alguna y como ratificación de lo ya resuelto, el Ministerio de Agricultura y Comercio, por medio de Resolución número 215, de fecha 4 de julio de 1918, *reconoció nuevamente la legitimidad de los títulos de los terrenos del río del Pescado, de los cuales hacen parte los actualmente llamados de Cuesta Rica y Villanueva*" (subraya la Sala).

Según lo afirma el señor apoderado, los terrenos pertenecientes a la señora Ana Francisca Ordóñez de Uribe y a los menores Ramón Donato y Juana Victoria Ordóñez Delgado, en cuya propiedad se fundamenta la presente oposición, hacen parte de los terrenos del río del Pescado, y los títulos que se aducen y las razones que se alegan para acreditar ese dominio privado son los mismos propuestos por la Richmond Petroleum Company of Colombia al sustentar su oposición, basada precisamente en su concepto sobre la existencia de la propiedad particular de las tierras del río del Pescado, con origen en las mercedes coloniales ya estudiadas en este fallo y con apoyo en las Resoluciones de 1880 y 1918 dictadas por el Poder Ejecutivo. La coincidencia de las dos titulaciones alegadas, en la oposición de la Richmond y en la de que ahora se ocupa la Sala, hace innecesario adelantar por separado el análisis de la titulación presentada por el apoderado de la señora Ordóñez de Uribe y de los menores Ordóñez Delgado, pues si tal cosa se hiciese preciso sería también repetir los conceptos emitidos en esta sentencia acerca de la validez de la titulación de la Richmond. Lo allí expresado es aplicable en todas sus partes a la documentación en que se fundan los opositores Ordóñez, y por tanto la Corte concluye, con base en aquellas consideraciones, que el título de la señora Ordóñez de Uribe y de los menores Ordóñez es inoperante para los fines propuestos, de oposición al contrato del señor Hernando Franco, por idénticas razones a las ya expuestas respecto al título aducido por la Richmond Petróleum Company, pues que aun reconociéndoles valor a los títulos de los Ordóñez, su eficacia estaría circunscrita al área presunta de las tierras del río del Pescado, ubicadas a distancia considerable del perímetro de la propuesta del señor Hernando Franco.

* * *

Como consecuencia de las consideraciones consignadas en los varios capítulos que forman la parte motiva de esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que son infundadas las oposiciones de Kunhart & Company Inc., American Educational Union, Richmond Petroleum Company of Colombia y Ana Francisca Ordóñez de Uribe y María Antonia Delgado de Ordóñez a la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleo presentada al Ministerio del ramo por el señor Hernando Franco.

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

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario.

No son consultables las sentencias sobre pensiones en virtud de la Ley 22 de 1942

El artículo 11 de la Ley 22 de 1942 es una norma de excepción a la regla contenida en el artículo 508 del Código de Procedimiento, en el sentido de que los fallos sobre el derecho de cesantía de que aquí se trata, sólo pueden revisarse por la Corte a virtud de apelación, ya que solamente a este recurso se refirió la Ley 22 de 1942 al prever la segunda instancia en esta clase de negocios. Y la norma de excepción del referido artículo 11 es de igual fuerza a la del Código Judicial, porque fue dada, como la de éste, por el legislador.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto diez y nueve de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, al resolver la demanda presentada por el señor Luis M. Benavides Caro, con base en las disposiciones de la Ley 22 de 1942, sobre prestaciones sociales a los funcionarios del Organo Judicial, dispuso lo siguiente en providencia de fecha siete de junio pasado:

"En conclusión de todo lo expuesto, el Tribunal, acorde con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *reconoce* al señor Luis M. Benavides, vecino de Vélez y cedulado bajo el número 635903 de esa misma ciudad, la suma de cuatrocientos ochenta pesos con setenta centavos ($ 480.70) que le corresponde como auxilio de cesantía por haber servido sin interrupción ninguna al Organo Judicial desde el quince de octubre de mil novecientos treinta y siete hasta el treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y tres, en los cargos de Oficial Mayor y Secretario de los Juzgados primero y segundo Penal del Circuito de Vélez y primero Civil del mismo Circuito. El pago de esta suma se hará por la entidad y con los requisitos señalados por la Ley 22 de 1942 y el Decreto que la reglamenta, que lleva el número 2840 de 1942".

Como ninguna de las partes apeló del fallo anterior, el negocio vino en consulta a la Corte, de acuerdo con lo dispuesto por el mismo Tribunal.

* * *

Teniendo en cuenta las normas legales reguladoras de las prestaciones sociales de que aquí se trata, la Sala concluye que es inoficioso tramitar este negocio e improcedente ir al fondo de la materia resuelta por el Tribunal y que suscita la alzada, porque la Corte carece de competencia jurisdiccional para decidirla. En efecto:

La Ley 22 de 1942, "sobre prestaciones a los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo", establece en su artículo 6º el derecho, en favor de tales empleados públicos, a recibir un auxilio de cesantía, "equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que hayan prestado, cuando cesaren en el ejercicio de sus funciones", y siempre que se llenen los requisitos que en el particular se establecen en los dos parágrafos de la misma disposición. Y el artículo 11 de la Ley dispone: "Artículo 11. Los derechos de cesantía otorgados por esta Ley serán reconocidos por el Gobierno Nacional a virtud de providencias administrativas, que dictarán los Gobernadores y consultarán con el Ministerio de Gobierno. En caso de no serlo, compete a los Tribunales Superiores correspondientes al domicilio del interesado, conocer en Sala de Decisión de dichos juicios, con audiencia y citación del Fiscal del Tribunal, y siguiendo los trámites establecidos para la cesantía de empleados particulares. *Las sentencias en estos juicios son apelables por el Fiscal o por el interesado ante la Corte Suprema de Justicia.* Toda la actuación será en papel común". (Subraya la Sala).

La norma últimamente transcrita previene que los fallos dictados por los Tribunales "son *apelables* por el Fiscal o por el interesado ante la Corte Suprema de Justicia".

Ahora bien: aun cuando el Tribunal no lo dice, la consulta debió ser ordenada por éste con fundamento en el artículo 508 del Código Ju-

dicial, que establece que las sentencias que declaran una obligación a cargo del Estado en primera instancia, deben ser consultadas con el superior.

Empero, en sentir de la Sala, el artículo 11 de la Ley 22 de 1942 es una norma de excepción a la regla contenida en el artículo 508 del Código de Procedimiento, en el sentido de que los fallos sobre el derecho de cesantía de que aquí se trata, sólo pueden revisarse por la Corte a virtud de *apelación,* ya que solamente a este recurso se refirió la Ley 22 de 1942 al prever la segunda instancia en esta clase de negocios. Y la norma de excepción del referido artículo 11 es de igual fuerza a la del Código Judicial, porque fue dada, como la de éste, por el legislador.

Posiblemente las mismas razones de interés social que inspiraron los demás preceptos de la Ley 22 de 1942 explican la regla de su artículo 11, que tiende a facilitar el reconocimiento del auxilio de cesantía, haciendo más corta la acción al librarla de la segunda instancia, cuando la justicia y claridad de un fallo condenatorio imponga a la conciencia del representante de la entidad pública el deber moral de acatarlo.

Los motivos expuestos llevan a la Corte a estimar que es inaplicable en este negocio el artículo 508 del Código Judicial; y por tanto, a declarar, como así lo declara, su incompetencia para conocer y fallar el recurso de consulta concedido sobre la providencia del Tribunal Superior de San Gil que decidió la demanda sobre auxilio de cesantía propuesto por el señor Luis M. Benavides Caro, providencia que por lo tanto está ejecutoriada y debe cumplirse.

Notifíquese, cópiese, insértese este auto en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario.



PENSION

La Corte ha sentado la doctrina de que sea el Tesoro Nacional quien deba pagar las pensiones de que trata la Ley 22 de 1942.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Isaías Chaves).

Por medio de apoderado el señor Angel M. García formuló ante el Tribunal Superior de Bogotá demanda para que mediante el trámite legal se decretara una pensión mensual a su favor por la suma de sesenta y cinco pesos con sesenta y cinco centavos ($ 65.65) moneda corriente, de conformidad con lo establecido en la Ley 22 de 1942.

Ante el Tribunal, dicha solicitud fue sometida al trámite legal, y una vez agotado éste, se resolvió por medio de la providencia de fecha treinta de octubre del año pasado, obrante a folios 26 v., 27 y 28 del cuaderno número uno.

A juicio del Tribunal el demandante allegó al expediente las pruebas conducentes a acreditar el derecho que le asiste para demandar la pensión que la citada Ley, entre otras prestaciones sociales, concedió a los empleados del Organo Judicial del Ministerio Público y de lo Contencioso-Administrativo. Pero, como el solicitante escogió a la Caja de Previsión Social del Organo Judicial para reclamar de ella el pago de esa pensión, el juzgador estimó que dicho organismo no estaba obligado al pago de lo demandado por cuanto el solicitante no era empleado del Organo Judicial cuando entró a regir la Ley 22 de 1942.

Negada, pues, la solicitud hecha ante el Tribunal por el señor García, éste interpuso el recurso de apelación ante esta Sala de la Corte, motivo por el cual vino a esta Superioridad, en donde habiendo sido tramitada la alzada, ha llegado la oportunidad de decidirla, previas las consideraciones pertinentes.

Al efecto, el demandante, con el fin de demostrar el derecho que le asiste para reclamar la referida pensión de jubilación, allegó al expediente, entre otras pruebas, como principales las siguientes:

Copia de los distintos acuerdos para nombrar al señor Angel M. García como empleado de la Corte Suprema de Justicia y de las actas de posesión del mismo señor, expedidas por la Secretaría de esa corporación, en la siguiente forma:

Acuerdo número 8, de seis de agosto de mil novecientos diez, por medio del cual fue nombrado Oficial Escribiente interino y se posesionó el doce de septiembre del mismo año. Por Decreto número 108, de catorce de julio de mil novecientos once, fue nombrado Oficial Escribiente interino de la mesa del Magistrado doctor Tancredo Nannetti, cargo del cual tomó posesión el mismo día del nombramiento. De conformidad con el Acuerdo número 144 de mil novecientos quince, fue destinado el señor García, Oficial Escribiente de la Sala de Casación, a prestar sus servicios en la Sala de Negocios Generales, Oficial Escribiente de dicha Sala para el período en curso, cargo que desempeñó hasta el día veinticinco de junio de mil novecientos diez y ocho.

El dos de mayo de mil novecientos veinticinco la Sala de Negocios Generales de la Corte lo eligió de nuevo Oficial Escribiente, por medio del acuerdo número dos, cargo del cual tomó posesión el día dos de mayo de mil novecientos veinticinco, para escribiente durante el período en curso. En tres de mayo de mil novecientos treinta, por medio del acuerdo número uno, fue elegido nuevamente Escribiente para el período en curso, cargo del cual tomó posesión el mismo día. De conformidad con el acuerdo número uno de veintitrés de marzo de mil novecientos treinta y tres, fue elegido Oficial Mayor, en interinidad, cargo del cual tomó posesión el día veinticuatro del mismo mes. En abril seis de mil novecientos treinta y cinco, por medio del acuerdo número dos, fue elegido nuevamente y en interinidad Oficial Mayor de la Sala de Negocios Generales, cargo del cual se posesionó el mismo día.

Certificado del señor Secretario de la honorable Corte Suprema de Justicia, en el cual se dice: "El señor Angel M. García prestó sus servicios en la Corte Suprema de Justicia por espacio de 17 años, 7 meses 10 días. Igualmente

hace constar que durante el tiempo en que desempeñó los distintos cargos observó muy buena conducta, haciéndose acreedor al reconocimiento de sus superiores, por su competencia, honorabilidad y dirección, según aparece del acuerdo de la Sala de Negocios Generales, número 63, de veinticinco de junio de mil novecientos treinta y ocho (hoja 8 v. del cuaderno número 1º).

Certificado del señor Juez 2º del Circuito Civil de Bogotá, del cual se concluye que el señor García trabajó en dicho Juzgado por el lapso de un año ocho meses diez días (hoja 3).

El anterior certificado hace constar que el señor Angel M. García fue nombrado Escribiente de dicho Juzgado por Decreto de agosto veintiséis de mil novecientos treinta y cinco, cargo del cual tomó posesión el día treinta y uno de agosto del mismo año, para el período que comienza el primero de septiembre de 1935.

Copia de los decretos de nombramiento y actas de posesión del señor Angel M. García, expedidas por el Juzgado 8º Civil del Circuito, así: Decreto número 1º de quince de julio de mil novecientos treinta y siete, por medio del cual fue nombrado Portero Escribiente; Decreto número 2 de veinte de mayo de mil novecientos treinta y ocho, por medio del cual fue nombrado Oficial Escribiente; Decreto número 3, por el cual fue nombrado Oficial Escribiente; Decreto número 4 de octubre primero de mil novecientos cuarenta, por el cual fue nombrado Portero Escribiente.

Posesión del día quince de julio de mil novecientos treinta y siete; de veintiuno de mayo de mil novecientos treinta y ocho; de primero de julio de mil novecientos treinta y nueve; de primero de octubre de mil novecientos cuarenta, fechas en las cuales entró a desempeñar los cargos para que fue nombrado por los Decretos 1, 2, 3 y 4, respectivamente, emanados del Juzgado 8º del Circuito de Bogotá.

Certificado del señor Juez 1º del Circuito Civil de Bogotá, en el que se hace constar que el peticionario señor García trabajó en ese Juzgado durante cuatro años seis meses y siete días. De manera que con las anteriores pruebas se ha demostrado, sin lugar a duda alguna, que el señor García estuvo al servicio del Organo Judicial por un lapso mayor de veinte años.

Declaraciones de los doctores Alcibíades Rincón, Jenaro Cruz y Enrique A. Becerra, ex-Magistrados de la Corte Suprema de Justicia los dos últimos, sobre conducta, honorabilidad, pobreza y estado de salud del señor Angel M. García. Más aún: estos testigos dan fe del estado actual calamitoso del pobre ciego, cuya enfermedad, que la adquirió en el desempeño de sus obligaciones como empleado ejemplar, lo obligó a retirarse del último puesto que tuvo en uno de los Juzgados del Circuito.

Certificado expedido por la Contraloría General de la República, en el que consta que el señor Angel M. García devengó durante el tiempo mayor de un año el sueldo mensual de $ 131,30.

Certificación del Ministerio de Hacienda, en la cual se hace constar que el peticionario señor Angel M. García no es contribuyente a los impuestos de renta, patrimonio y sus complementarios, ni goza tampoco de pensión alguna.

Certificaron la incapacidad para trabajar, por lesiones visuales sufridas por el señor García desde hace varios años, los doctores Abelardo Archila, Alfonso Pinzón, Sánchez San Miguel y Miguel Antonio Rueda; este último dictaminó en su calidad de médico de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial.

Por último, la edad del peticionario queda comprobada con la partida de bautismo que obra en el expediente y de la cual se desprende que el señor García tiene más de 52 años de edad.

La relación que antecede y que constituye el material probatorio acompañado a la solicitud de pensión, fue valorado y estimado como suficiente por el Tribunal Superior de Bogotá y el señor Agente del Ministerio Público.

Sin embargo, la pensión no fue decretada como se dijo al principio de esta providencia, porque el peticionario la solicitó de la Caja de Previsión Social, entidad que el Tribunal estimó no estar obligada al pago.

La Procuraduría acoge la tesis del Tribunal pero deja al ilustrado criterio de esta Sala la solución del caso propuesto, "a fin de que se resuelva —dice el Procurador— si debe fallarse en rigor como el honorable Tribunal, denegando la solicitud de la demanda o si, por tratarse de cuestiones sociales, una mayor amplitud del Organo Judicial permite ordenar el pago de la pensión pedida de acuerdo con la ley".

La Corte, en presencia de casos similares al que hoy se estudia, ha resuelto estas solicitudes en el sentido de que sea el Tesoro Público el obligado a satisfacerlas, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones que constituyen ya la doctrina sentada por la Sala en tratándose de estas cuestiones:

"El artículo 15 de aquella Ley (22 de 1942) declara que son miembros de la Caja 'todos los funcionarios y empleados pagados por el Tesoro Nacional que pertenezcan al Organo Judicial, al Consejo de Estado, a los Tribunales Contencioso-Administrativos y al Ministerio Público', y que ellos, en parte, contribuirán a formar los fondos de la Caja (artículo 16 ibidem).

"Equitativo resulta por tanto que la Caja pague las pensiones que se decretan en favor de sus

socios, los cuales, en parte, contribuyeron a formar sus fondos, y que no pague aquellas pensiones que se decretan en favor de quienes no lo fueron.

"Además, el artículo 18 de la Ley 22 dice al respecto: 'No será de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo primero a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta Ley en vigencia tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación, conforme a disposiciones anteriores, las cuales continuarán pagándose por el Tesoro Nacional en la cuantía en que fueron decretadas, y no serán susceptibles de aumento'.

"La parte final de la disposición transcrita dice que tales prestaciones 'continuarán pagándose por el Tesoro Nacional', pues aquellas prestaciones se acomodan al concepto contenido en la primera parte de la disposición, y según la cual 'no será del cargo de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo primero a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta Ley en vigencia tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación...' En casos análogos al presente la Corte ha dispuesto que se haga el pago por el Tesoro Nacional y no por la Caja de Previsión (sentencia proferida en la demanda de pensión del señor Pedro Afanador Gómez)".

En estas condiciones considera la Sala que siendo el señor Agente del Ministerio Público el representante legal, tanto del Tesoro Nacional como de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, y habiendo demostrado el peticionario que tiene derecho a que se le decrete la pensión solicitada, no encuentra inconveniente legal alguno para que así no se ordene, ya que el mero hecho de haber solicitado dicha pensión de la Caja de Prestaciones del Organo Judicial y no del Tesoro Nacional no cambia en nada su situación ante el derecho que la ley le concede; a lo anterior se puede agregar que esta clase de peticiones tiene una tramitación sui géneris, en la que establecido el derecho y oído el Agente del Ministerio Público, si éste no se opone, el juzgador debe reconocer el derecho que le asiste al peticionario conforme a la ley.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia objeto del presente recurso de apelación, y en su lugar decide:

1º Reconócese a favor del peticionario señor Angel M. García y a cargo del Tesoro Nacional una pensión mensual de jubilación en la cuantía solicitada, o sea por sesenta y cinco pesos con sesenta y cinco centavos ($ 65.65) moneda corriente.

2º La pensión que se reconoce en el punto anterior debe pagarse desde el día de la presentación de la solicitud ante el Tribunal Superior de Bogotá, o sea desde el cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y tres en adelante.

3º Comuníquese la parte resolutiva de esta providencia a los señores Ministros de Gobierno, de Hacienda y al señor Contralor de la República.

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

Miguel Arteaga H., Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Solicitud de pensión que se niega

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Isaías Chaves).

Ante el Tribunal Superior de Pasto, el señor Manuel Ibarra, obrando a su propio nombre, solicitó se decretara a su favor una pensión vitalicia de ochenta pesos ($ 80) mensuales, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 5º, 10 y 12 de la Ley 22 de 1942, pensión que deberá ser pagada por la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, creada por la misma Ley.

El peticionario hace en su solicitud una relación de los diferentes puestos que desempeñó en el Organo Judicial, desde 1927 en adelante hasta el 21 de enero de 1942, fecha en la cual pidió licencia por sesenta días renunciables, la que le fue concedida, y luégo, el 24 de marzo del mismo año solicitó una prórroga por treinta días más, también renunciables. Esta petición no fue considerada por el Magistrado doctor Francisco de P. Santander, con quien había estado trabajando.

Obran también en el expediente dos declaraciones de personas honorables sobre la conducta, pobreza, etc., del señor Manuel Ibarra; declaración juramentada del peticionario; el certificado del señor Administrador de Hacienda Nacional, relativo al sueldo que estaba devengando el señor Ibarra al retirarse con licencia del puesto, y por último el certificado del médico nombrado por la Caja de Previsión Social del Organo Judicial para hacer el examen del señor Ibarra, a quien encontró enfermo de tuberculosis, enfermedad ésta comprobada radiológicamente.

El doctor Francisco de P. Santander, quien en 1935 nombró al señor Ibarra L. para desempeñar el cargo de auxiliar, dice que a su juicio el nombrado "demostraba capacidad física para desempeñar el empleo".

Tramitado el negocio, el Tribunal, una vez oído el señor Fiscal, resolvió la solicitud formulada por el señor Ibarra en sentido adverso a sus pretensiones.

El interesado interpuso el recurso de apelación ante esta Sala de la Corte, la que entra a decidirlo una vez agotada la tramitación.

La Ley 22 de 1942 entró en vigencia el 15 de octubre del mismo año. El señor Ibarra, como se dijo al principio, solicitó licencia para separarse del puesto de auxiliar del doctor Santander el 21 de enero de 1942, la que le fue concedida por 60 días, y el 24 de marzo del año en cita reiteró su petición de prórroga de la licencia primeramente concedida, por 30 días más; las dos peticiones fueron pedidas con carácter de renunciables. La última solicitud no fue resuelta por el señor Magistrado Santander, con quien estaba trabajando, y por tanto el señor Teófilo Rosero, quien había sido nombrado en interinidad para reemplazar a Ibarra continuó en esa calidad, hasta el 30 de octubre de 1942, fecha en la cual se le nombró en propiedad.

El peticionario alega tener derecho a las prestaciones concedidas por la Ley 22 de 1942 a los empleados del Organo Judicial por el solo hecho de que su reemplazo el señor Rosero fue nombrado en propiedad solamente el 30 de octubre de 1942, es decir, que en esas condiciones él se considera empleado del mismo Organo, en uso de la licencia hasta esa fecha, lo cual es abiertamente contrario a las disposiciones legales que acertadamente aduce el Tribunal de primer grado en su providencia y que acoge también el señor Procurador Delegado en lo Civil en su vista de fecha 8 de febrero del corriente año.

Admitiendo en gracia de discusión que la segunda solicitud de prórroga de licencia hubiera sido concedida, ésta habría caducado el 24 de abril de 1942, y desde esa fecha en adelante, al no presentarse el señor Ibarra a desempeñar su puesto quedaba de hecho separado de sus funciones y por consiguiente en lo sucesivo no podía considerarse como empleado del Organo Judicial. Y aquí vienen las disposiciones legales que refuerzan estas conclusiones: Artículo 13. "Los distintos empleos judiciales se pierden... 4º Por no presentarse el empleado a desempeñar su destino, vencido que sea el término de la licencia que se le haya concedido".

Y el artículo 202 del Código de Régimen Político y Municipal reza así: "El que obtenga li-

cencia para separarse de un destino lucrativo de voluntaria aceptación, debe encargarse de él al terminar su licencia, a más tardar; si así no lo verifica, queda de hecho vacante el destino....”

A lo anterior se puede agregar que la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, de lo Contencioso-Administrativo y de las donaciones hechas por los particulares; por tanto, el señor Ibarra no habiendo contribuido a constituir ese capital, por no ser, como se dijo, empleado judicial cuando la Caja se creó, por la misma razón no puede llamarse socio de dicha institución. De manera, pues, que en esas condiciones tampoco sería la Caja de Previsión Social la obligada a pagar la pensión que él solicita en el supuesto caso de que, acogido a las disposiciones de la Ley 22 de 1942, tuviera derecho a las prestaciones sociales en ella concedidas a los referidos empleados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la providencia objeto del recurso.

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

Miguel Arteaga H., Isaías Chaves, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Reivindicación—Nulidad absoluta y nulidad relativa

De conformidad con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, la ausencia de solemnidades constituye nulidad absoluta cuando las solemnidades o los requisitos se establecen por el legislador en consideración al acto en sí mismo considerado, independientemente del estado o calidad de los contratantes, como la falta de objeto, o el objeto ilícito, la falta de causa, la omisión de escritura pública en los actos que la requieren, la falta de consentimiento, etc. Pero cuando las solemnidades se han establecido por la ley con miras de protección a los incapaces, entonces su omisión en el respectivo acto genera solamente nulidad relativa, salvo que se trate de personas absolutamente incapaces.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

María de Jesús Monroy, mujer viuda, mayor de edad y vecina de Bogotá, presentó demanda ordinaria contra la Nación colombiana ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que con citación y audiencia de su representante, el señor Fiscal de esa corporación, se formulen en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nulo de nulidad absoluta, por falta de solemnidades y carente por lo mismo de todo valor y efecto jurídicos, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 205, de fecha 22 de febrero de 1912, pasada ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá, mediante el cual el Gobierno de Colombia dijo adquirir, y Mario Abraham Laverde, Rita, Teófila y María de Jesús Monroy dijeron transferir, un lote de terreno ubicado en el Paseo Bolívar de esta ciudad de Bogotá y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Oriente, en cincuenta y ocho metros veinte centímetros (58,20), con terrenos que pertenecen a la Beneficencia; por el Norte, así: en treinta y cinco metros (35 mts.) con la quebrada de 'San Bruno'; en veintitrés metros (23) con terrenos de Antonio Tapia; en veintinueve metros (29 mts.) con terrenos de Orosio Becerra; en seis (6) metros con terrenos del mismo Becerra; en ocho (8) metros con terrenos de Daniel Baquero; y en veinte metros (20) con terrenos de Hipólito Rincón; por el Occidente, en nueve metros sesenta centímetros (9,60) con la vía pública; en veinticuatro (24) metros con terrenos de Teodolindo García, y en once (11) metros con terrenos de Mercedes Sarmiento; y por el Sur, así: en cuarenta y un metros (41 mts.) con terrenos de Rudesindo Rincón; en veintidós metros con terrenos de la iglesia de Egipto; en veinticinco metros con terrenos de Teófilo García; y en nueve metros con terrenos de Ismael Agudelo; y por el Oriente, en cincuenta y ocho metros veinte centímetros, con terreno que no tiene mejoras y que pertenece a la Beneficencia."

"Segunda. Que asimismo es nula la inscripción que de la escritura contentiva de ese contrato se hizo en el respectivo Libro de Registro de Instrumentos Públicos, y que, por ende, esa inscripción debe cancelarse;

"Tercera. Que en razón de las declaraciones precedentes las cosas deben volverse al estado que tenían antes de la celebración del contrato nulo, al menos en lo que hace a la peticionaria, y que en tal virtud la demandante es dueña legítima de la tercera parte proindiviso del bien a que se refiere la venta contenida en la escritura número 205 de fecha 22 de febrero de 1912, pasada ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá, y por los linderos que en dicho instrumento se expresan;

"Cuarta. Que consecuencialmente se condene a la Nación (República de Colombia) a restituir a la suscrita demandante, tan pronto como quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, la cuota parte que le corresponde en el bien que se pretendió vender por la escritura 205, antes referida, y por los linderos que en ella se expresan;

"Quinta. Que la Nación (R. de C.) debe pagar a la suscrita peticionaria todos los frutos naturales y civiles que haya producido la cuota parte del bien reivindicado, y no solamente los percibidos sino los que la dueña hubiera podido

percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

"Sexta. Que se condene a la Nación (República de Colombia) a pagar a la suscrita demandante indemnización por los daños y perjuicios que le ha causado, indemnización cuyo monto se establecerá por peritos en el incidente de ejecución de la condena, en la forma que previene el artículo 553 del Código Judicial.

"Séptima. Que se condene finalmente a la Nación demandada al pago de las costas del juicio si hiciere oposición a esta demanda."

Esta demanda se apoyó en los siguientes hechos relacionados en el libelo:

"Primero. Por escritura pública número 822, de fecha 30 de noviembre de 1907, convenientemente registrada, pasada en la Notaría 4ª del Círculo de Bogotá, la suscrita peticionaria adquirió en común y proindiviso con sus hermanos menores, Pablo J. Monroy y Teófila Monroy, por iguales partes, un lote de terreno ubicado en el Paseo Bolívar de esta ciudad de Bogotá, comprendido dentro de los que se transcriben en la parte petitoria de esta demanda;

"Segundo. Como se trata de menores, esta compra fue hecha por la suscrita demandante y los otros condueños por su hermana mayor Rita Monroy, quien entró en posesión material del bien comprado a nombre de los adquirentes;

"Tercero. Mediante escritura pública número 205 de fecha 22 de febrero de 1912, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá, la Nación, representada por el señor Ministro de Obras Públicas de ese tiempo, doctor Simón Araújo, dijo comprar a la suscrita peticionaria y a los otros condueños, Pablo J. Monroy y Teófila Monroy, el mismo bien a que se refieren los dos hechos anteriores;

"Cuarto. En realidad de verdad, la suscrita demandante no prestó, como no podía prestar, su consentimiento a esa venta, ni concurrió al acto del otorgamiento de la escritura número 205 anteriormente referida, ni firmó ese instrumento;

"Quinto. Admitiendo, por la dificultad de la prueba, que la demandante hubiera concurrido a la venta, es un hecho cierto que a la fecha de la escritura número 205, de fecha 22 de febrero de 1912, la suscrita peticionaria era menor de edad;

"Sexto. Para llevar a cabo la venta a que se refiere la escritura número 205 no se obtuvo licencia judicial;

"Séptimo. Tampoco se observó la solemnidad del remate que previene la ley para la venta de bienes raíces de menores; y

Octavo. La Nación (República de Colombia) es actual poseedora del bien que se reivindica por la presente demanda."

Admitida la demanda se notificó personalmente al señor Fiscal, quien en contestación negó los hechos y la causa o razón de la acción. Además propuso la excepción de prescripción adquisitiva del dominio por parte de la Nación sobre el bien cuya restitución se intenta, la cual fundó en los artículos 2512, 2513, 2518, 2727 y 2528 del Código Civil.

En el término probatorio la parte demandante presentó las pruebas que consideró eficaces para sostener su derecho; terminada la sustanciación de la primera instancia, se citó a las partes para sentencia.

Durante la tramitación de aquélla, el Tribunal reconoció al doctor Luis E. Wilches Blanco como cesionario de la demandante en la cuantía del 50% de los respectivos derechos. También fue reconocida la señorita Teófila Monroy como coadyuvante. En su fallo el Tribunal declaró no ser el caso de ninguna de las declaraciones solicitadas por estar acreditada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

La demandante interpuso el recurso de apelación contra el fallo anterior. Por eso vino el expediente a la Corte. Aquí se tramitó la segunda instancia con nuevo término de prueba, durante el cual, a petición de la parte actora, se realizó una inspección ocular sobre el terreno materia de la venta cuya nulidad se impetra. En el término del traslado para alegar, las partes presentaron sendos escritos. El del señor Procurador Delegado apoya la conclusión del Tribunal; termina reiterando se declare la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, de que habló el Fiscal cuando contestó la demanda; propone, además, la de extinción de la acción, por haber transcurrido más de veinte años desde la fecha en que la demandante llegó a la mayor edad.

No observándose nulidad de procedimiento en ninguna de las instancias, y habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia dictado por la Corte, procede ahora el fallo de segunda instancia.

CAPITULO I

Las comprobaciones.

La parte actora acreditó en debida forma los siguientes hechos:

1º Que conforme afirma en el hecho primero del libelo de demanda, por escritura pública número 822 de fecha 31 de julio de 1906, otorgada en la Notaría Cuarta de esta ciudad, la señora

Rita Monroy, mayor de edad, adquirió en compra para ella y para sus hermanos menores de edad, llamados Pablo Julio, Teófila y María de Jesús Monroy, de la Beneficencia de Cundinamarca, debidamente representada en este acto, la propiedad del lote de tierra descrito en la demanda.

2º Que el mismo lote fue enajenado en el año de 1912 por sus cuatro propietarios, hermanos Monroy, al Gobierno Nacional. Consta en efecto, según escritura pública número 205 de 22 de febrero del año citado, otorgada en la misma Notaría Cuarta, que Mario Abraham Laverde, obrando como apoderado especial de Pablo J. Monroy, y Rita, Teófila y María de Jesús Monroy, las tres últimas interviniendo en el contrato directa y personalmente, y además, diciendo que eran mayores de edad, vendieron el lote al Gobierno Nacional, representado por el señor Ministro de Obras Públicas, terreno que "el Gobierno de Colombia necesita para la construcción del Paseo Bolívar".

De consiguiente, contra lo que afirma el hecho 4º del libelo, la demandante sí intervino y concurrió al acto del otorgamiento de la anterior escritura; y hasta compareció a suscribirla y recibió el precio de la compraventa manifestando que era mayor de edad.

3º En realidad la demandante María de Jesús Monroy era menor de edad cuando intervino en la venta del lote al Gobierno Nacional. En el proceso hay plena prueba de que el año de 1912 la Monroy contaba con 16 años y cuatro meses, según la época de su nacimiento efectuado en el mes de septiembre de 1895.

Este dato se deduce sin dificultad de la prueba supletoria allegada en el término de prueba de la primera instancia, a falta de la prueba principal del nacimiento. Aquellos comprobantes son las declaraciones de Primitiva Casasbuenas, Clodomiro Hernández y las religiosas Hermanas de la comunidad de María Auxiliadora, Alicia González y Julia Tovar; y la inspección ocular practicada en los libros de matrículas y actas de exámenes del Colegio de María Auxiliadora, de esta ciudad, correspondientes a los años de 1908 a 1912.

Los testigos Casasbuenas y Hernández declaran de manera conteste que el 8 de septiembre de 1895 nació en esta ciudad, en la casa llamada "El Pato", hoy "Las Mucuritas", barrio de San Diego, la señora María de Jesús Monroy, como hija legítima del matrimonio de Bartolomé Monroy con Virginia Espinosa; hecho que les consta a los testigos por haber estado ese día en la casa de Bartolomé, de quien eran amigos. Que el 8 de octubre siguiente concurrieron al bautizo de la niña, efectuado en la iglesia de Las Nieves, habiendo actuado en ese acto como padrinos los señores Inocencio Madero y María de Jesús Rubio, y como párroco que impuso el bautismo, un sacerdote de apellido Vargas.

Las religiosas Alicia González y Julia Tovar declaran ambas que conocieron a María de Jesús Monroy como alumna del Colegio de La Merced, después llamado María Auxiliadora, desde el año de 1909. En 1911 fue discípula de la Hermana Alicia, en el curso complementario. En el colegio mencionado hizo estudios hasta el año de 1912. En este año, dicen las testigos, María de Jesús aparentaba tener unos 17 años.

En la inspección ocular de los libros de actas de exámenes se constató que María de Jesús Monroy "fue alumna del Colegio de María Auxiliadora, habiendo entrado por primera vez a dicho colegio en el año de 1908, con el fin de estudiar materias de cultura general elemental; cursó como alumna del establecimiento durante los años de 1908, 1909, 1910, 1911 y 1912 algunas materias de cultura general elemental y secundaria, tales como higiene, articultura, economía y cocina teórica, contabilidad, horticultura, química, etc. Estos datos se constataron de las diferentes actas de examen y calificación contenidas en los libros ya expresados".

Por la circunstancia de no aparecer en los libros parroquiales de la iglesia de Las Nieves la partida de bautismo de María de J. Monroy, según lo certifica el párroco actual (folios 11 v. cuaderno número 2), hubo el demandante de acudir a las pruebas enumeradas, constitutivas de elementos de convicción de carácter supletorio, autorizados por la ley (artículo 384 del Código Civil); pruebas que en sentir de la Sala son satisfactorias debido a la armonía que guardan entre sí, confluyendo todas a establecer el hecho de que efectivamente en el año de 1912, cuando María de Jesús Monroy suscribió el contrato de compraventa, tenía diez y seis años; era, en consecuencia, menor de edad.

CAPITULO II

Excepción de ineptitud de la demanda.

El Tribunal, en la sentencia apelada, encontró que la demanda constituye un escollo que impide decidir en el fondo la acción, a causa de que se omitió demandar a las demás personas que intervinieron en el contrato.

Aduce en apoyo de las conclusiones a que llega, varias doctrinas de la Corte y de otros Tribunales del país, en las que se sostiene en síntesis que "la declaratoria de nulidad de que está afectado un contrato no puede pronunciarla el Juez sin citación y audiencia de los que intervinieron en su celebración".

La sentencia apelada aplica esa jurisprudencia y concluye: "Si se hiciera la declaración de nulidad en la forma pedida por la demandante —sin audiencia de las partes— se dictaría un fallo contra personas que no han sido oídas y vencidas en juicio, violando así las normas de la Constitución Nacional. Es, por tanto, baldía la acción de nulidad que se demanda, porque ha debido debatirse entre las partes que celebraron el contrato y es notorio que algunos de los vendedores del inmueble no han sido citados, y la sentencia que al efecto hubiere de dictarse no puede afectarles".

La Corte observa:

Las doctrinas citadas por el Tribunal fueron erróneamente aplicadas en el presente caso. Esas doctrinas son razonables y se explican cuando la acción de nulidad tiende a destruir en su plenitud la existencia y los efectos de un contrato, pues entonces es natural que la cuestión se ventile con audiencia de todos los que intervinieron en la celebración; como cuando la solemnidad pretermitida o el vicio de que se acusa el contrato, consistente en falta de consentimiento, objeto o causa ilícita, etc., se refiere y afecta a todos los contratantes.

Empero, la nulidad invocada en el libelo no es de esa clase. El vicio en que se apoya la incapacidad de María de Jesús Monroy, y los consiguientes efectos que ese vicio produce, en caso de existir, afectan exclusivamente las relaciones entre ella como vendedora de su cuota, y el comprador, como adquirente de la misma cuota.

La venta del lote al Gobierno Nacional hiciéronla cuatro vendedores: Pablo J. Monroy, Rita, Teófila y María de Jesús Monroy. Cada uno vendió el derecho de propiedad que poseía en el lote. De consiguiente esas ventas son separables entre sí; cualquiera de ellas, con independencia de las otras, es susceptible de tener sus peculiares vicios y de ser anulada, sin que por ello se afecten las demás ventas, que se sostienen con vida propia.

María de Jesús Monroy alega el vicio proveniente de su incapacidad. Es, pues, un vicio que sólo a ella concierne, de manera que sus consecuencias son igualmente relativas a ella en el contrato, el cual, en la hipótesis de prosperar la acción, se anularía en lo atañedero al vínculo existente entre la actora y la Nación. La anulación de ese vínculo en nada se opondría a la subsistencia del contrato de venta entre los otros tres vendedores y la Nación. Querría decir que la Nación no adquirió el derecho de propiedad correspondiente a María de Jesús Monroy.

El Tribunal, al calificar de inepta la demanda, descuida el hecho de que las peticiones *tercera, cuarta, quinta* y *sexta* del libelo condicionan el pedimento de nulidad absoluta que se formula en la primera y la segunda petición.

La nulidad absoluta demandada se limita así a lo concerniente a la intervención de María de Jesús Monroy en el contrato de compraventa.

La demanda en esa forma no es inepta, conforme lo creyó el Tribunal en la sentencia apelada. Debe, pues, la Corte decidir en el fondo la acción.

CAPITULO III

Excepción de prescripción de la acción.

La demandante ejercita la acción de nulidad absoluta del contrato de compraventa en lo que concierne a la enajenación de su derecho de propiedad en el lote descrito en la demanda.

Pero de las causas en que la funda y de las pruebas del expediente acerca de la edad que tenía ella cuando suscribió el contrato —16 años— lo que se configura es el fenómeno de nulidad relativa por incapacidad relativa de la demandante; en tal virtud la acción correspondiente es la rescisoria de la enajenación efectuada por la demandante.

El artículo 1740 del Código Civil sanciona con la nulidad los actos o contratos celebrados con pretermisión de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. Y establece que tal nulidad puede ser absoluta o relativa.

La primera es la sanción legal que corresponde a los actos celebrados con omisión de algún requisito o formalidad exigido en consideración a su naturaleza y especie, según el artículo 1741.

Y la nulidad relativa, según el mismo precepto, es la sanción legal impuesta a los actos celebrados con prescindencia de algún requisito exigido en atención a la calidad o estado de las partes.

De consiguiente, la ausencia de solemnidades constituye nulidad absoluta cuando las solemnidades o los requisitos se establecen por el legislador en consideración al acto en sí mismo considerado, independientemente del estado o calidad de los contratantes, como la falta de objeto, o el objeto ilícito, la falta de causa, la omisión de escritura pública en los actos que la requieren, la falta de consentimiento, etc.

Pero cuando las solemnidades hanse establecido por la ley con miras de protección a los incapaces, entonces su omisión en el respectivo acto genera solamente nulidad relativa, salvo que se trate de personas absolutamente incapaces.

El artículo 1741, inciso 2º, preceptúa que "hay asimismo *nulidad absoluta* en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces". Luego por exclusión la nulidad de que se afectan los actos y contratos celebrados por personas relativamente incapaces, es *relativa*.

¿Y quénes son absolutamente incapaces? El artículo 1504 ibídem, contesta: los dementes, los impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Los menores adultos son también incapaces, de acuerdo con el mismo artículo, pero no con incapacidad absoluta. Su incapacidad es relativa. Los actos y contratos que celebren, con omisión de las formalidades y requisitos establecidos para protegerlos, como licencia del Juez y remate a pedimento del respectivo guardador, respecto de la enajenación de bienes raíces, generan nulidad relativa, que da derecho a rescindir el contrato.

Pero la acción rescisoria por incapacidad, a diferencia de la nulidad absoluta, prescribe en cuatro años. "Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuatrenio desde el día en que haya cesado esta incapacidad". (Artículo 1750 del Código Civil).

Cuando María de Jesús Monroy vendió en el año de 1912 a la Nación el derecho de propiedad que poseía en el inmueble descrito en la demanda, tenía más de doce años de edad. Era por tanto, mujer adulta (artículo 34 ibídem); había dejado de ser impúber. No adolecía de incapacidad absoluta.

Después de alcanzar la demandante la mayor edad —debió cumplirla el 5 de septiembre de 1916— contó con cuatro años para pedir la nulidad que hoy invoca. Pasados los cuales la nulidad se saneó.

La demanda inicial del presente juicio instauróse en febrero de 1942. Más de veinte años después de haberse extinguido la acción.

El señor Procurador Delegado pide se declare la excepción de extinción de la acción, por estar prescrita.

Según lo anteriormente expuesto, la excepción está sobradamente acreditada. Debe sentenciarse en consonancia con esa defensa.

CAPITULO IV

Sentencia.

Por lo relacionado la Corte Suprema de Justicia, administrándola en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve así el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá:

1º Declárase probada la excepción perentoria de extinción de la acción de nulidad, de que pudo haber adolecido, con relación a la demandante María de Jesús Monroy, el contrato de compraventa constante en escritura número doscientos cinco (205) de fecha veintidós (22) de febrero del año de mil novecientos doce (1912), pasada ante el Notario Cuarto del Circuito de Bogotá, entre el Gobierno colombiano y la citada María de Jesús Monroy, y otros.

2º En consecuencia, se absuelve al Estado colombiano de la acción de nulidad incoada por María de Jesús Monroy, en el libelo inicial del presente juicio ordinario.

3º En los términos anteriores queda *reformada* la sentencia de primera instancia.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, remítase el expediente a la oficina de origen, e insértese copia de este fallo en la *Gaceta Judicial*.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock., Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Insistencia de la Sala en que no le corresponde el conocimiento del asunto por no tratarse de un incidente de excepciones en juicio ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre primero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Victor Cock)

En providencia de doce de mayo del año actual, el honorable Consejo de Estado provocó competencia negativa a esta Sala acerca del conocimiento del juicio ejecutivo seguido por jurisdicción coactiva por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, por suma de pesos, contra los señores Carlos, Bernardo y Ricardo Buendía.

Se hallaba el asunto al conocimiento de la Corte en virtud de apelación concedida por el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el auto dictado por dicho funcionario el día 15 de junio de 1943, cuando entró en vigor la Ley 67 de 1943, que atribuyó la competencia para la decisión de este género de asuntos a los Tribunales Administrativos o al Consejo de Estado según la calidad de las partes y la cuantía del negocio.

En tal virtud, esta Sala de la Corte en proveído de 22 de marzo último resolvió que, en cumplimiento de los artículos 3º y 5º de la Ley 67 de 1943, y teniendo en cuenta la calidad de las partes y la cuantía del negocio se remitiera éste al Consejo de Estado, por corresponder a esta entidad conocer de él, según las normas legales citadas.

Llevado el proceso al Consejo de Estado hubo de provocar el Consejo la competencia negativa antes mencionada y acerca de la cual va a decidir la Corte en la presente providencia.

Presenta el Consejo de Estado sus apreciaciones jurídicas encaminadas a sostener la inconstitucionalidad de los preceptos aludidos de la Ley 67 de 1943, en un detenido estudio de la materia, al cual no hay lugar a que la Sala se refiera en detalle, por cuanto, con fecha posterior al referido estudio jurídico del Consejo de Estado, la Corte, en Sala Plena y en sentencia de 26 de julio último, decidió, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución, acerca de la constitucionalidad de los preceptos contenidos en la Ley 67 de 1943, y que analiza, como ya se dijo, el honorable Consejo de Estado en su memorado auto sobre competencia negativa. Para el más adecuado conocimiento de la materia debatida, se transcriben en seguida las disposiciones pertinentes de la Ley 67 de 1943. Dicen, en efecto, así:

"Artículo 3º El conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos ($ 500) o más. En los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor."

"Artículo 4º En los mismos juicios, referentes a asuntos departamentales o municipales, conocerá de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías, en única instancia, el correspondiente Tribunal Administrativo, cuando la cuantía de la acción sea de menos de quinientos pesos ($ 500).

"Habrá lugar a segunda instancia en los incidentes de excepciones y tercerías cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos ($ 500).

"Artículo 5º Los funcionarios con jurisdicción coactiva, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado procederán en estos juicios mediante la observancia del procedimiento establecido en el Código Judicial y demás leyes sobre la materia."

En la sentencia referida de 26 de julio, se pronunció la Corte en los siguientes términos:

"Primero. Es exequible el artículo 5º de la Ley 67 de 1943.

"Segundo. Los artículos 3º y 4º de la mencionada Ley son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieran: 1º *A incidentes de excepciones* cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Ad-

ministración, y 2º *A tercerías,* cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundare en un acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares."

En su vista el señor Procurador Delegado en lo Civil, presentada ante la Corte en el incidente de competencia acerca del cual se va ahora a decidir y que lleva fecha 1º de agosto de 1944, es decir, posterior a la de la sentencia de la Corte sobre inexequibilidad de las citadas disposiciones de la Ley 67 de 1943, a la cual sentencia hace especial referencia el mismo señor Procurador Delegado en el concepto de que se viene hablando, expresa este alto funcionario, al terminar su concepto, lo siguiente:

"En el juicio de que aquí se trata, la Nación intenta cobrar a los señores Carlos y Bernardo Buendía el valor de unos arrendamientos de una propiedad de la Nación. Es decir, el crédito proviene no de un acto de poder de la Administración sino de un acto de gestión de la misma, esto es, de un acto en que la Nación obró como persona de derecho privado al dar en arrendamiento una casa de su propiedad.

"Está para resolver la apelación interpuesta contra la providencia fechada el 15 de junio de 1943 proferida por el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales. Tratándose, por lo dicho, de un asunto basado en un acto de gestión de la Administración, este despacho estima que el conocimiento del recurso corresponde a la *justicia ordinaria.*"

En otros términos, y refiriéndose en concreto al juicio ejecutivo contra los señores Buendía, el señor Procurador llega a la conclusión de que la competencia negativa provocada en él debe definirse en el sentido de aceptar la Sala que el conocimiento del negocio le corresponde a ella misma, quedando así excluída de él la competencia del Consejo de Estado.

Ya se vio que de la parte resolutiva de la sentencia de la Corte de 26 de julio de 1944, aparece con toda claridad que, aun en el caso de que la ejecución se siga por jurisdicción coactiva con base en un acto de gestión del Estado, al tratarse de una simple apelación dentro de los trámites de la ejecución, el asunto es de competencia de la justicia contencioso-administrativa, y no de la *justicia ordinaria;* y ya que los artículos 4º y 5º de la Ley 67 de 1943 fueron declarados allí exequibles con la única salvedad pertinente al caso que se estudia del *incidente de excepciones* cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funde en un acto de gestión de la Administración, y aparte de la tocante a *tercerías,* caso éste último ajeno a la cuestión planteada en el presente negocio.

Y no está por demás observar que armoniza la parte resolutiva del fallo sobre constitucionalidad, dictado por la Corte, y desde luégo en lo tocante al tema que es materia de decisión en el presente auto, con los considerandos o parte motiva de aquella sentencia, como aparece de manifiesto en el siguiente paso de tal parte motiva:

"En fuerza de las razones que preceden, admite la Corte que los autos dictados por funcionarios con jurisdicción coactiva son *actos de poder de la Administración* y que de la contención acerca de ellos corresponde conocer a los Tribunales contencioso-administrativos, sin excepción alguna, ya se trate de mandamiento ejecutivo; de lo resuelto respecto a la solicitud de desembargo de un bien, formulada por un tercero; de lo dispuesto sobre rebaja de intereses pedida por el ejecutado, etc."

Empero, en el juicio seguido por la vía ejecutiva contra los señores Buendía, el auto apelado del señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales no toca con el llamado *incidente de excepciones,* excepciones que no han sido propuestas, sino con el punto de saber si hay o nó lugar a liquidar intereses del capital cobrado, es decir, intereses de mora a cargo de los ejecutados y a favor del Fisco Nacional.

En efecto: en memorial de 25 de febrero de 1943 (folio 38 del cuaderno principal), uno de los demandados ejecutivamente pidió la liquidación del crédito pero manifestó en ese mismo memorial que consideraba "que no era el caso de liquidar intereses a los referidos créditos desde luego que tienen por causa los cánones de varias mensualidades que no se pagaron de una casa que tomamos en arrendamiento del Gobierno Nacional".

Y agrega en seguida el mismo memorialista:

"Para mayor claridad, por lo que hace al no cobro de intereses de la suma de que se trata, copio en seguida el artículo 1617 del Código Civil:

'Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero de la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

'1º Se sigue debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

'El interés legal se fija en seis por ciento anual.

'2º El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho de retardo;

'3º Los intereses atrasados no producen interés;

'4º La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.'

"El texto de este artículo es bien claro y por consiguiente lo estimo suficiente para esperar que la presente solicitud, al respecto, sea resuelta favorablemente."

El memorial de que se viene hablando fue despachado por el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales en sentido desfavorable al peticionario, ya que por auto de 15 de junio de 1943, que es el apelado, después de hacer algunas consideraciones acerca de que, por tratarse precisamente de un crédito del Estado y merced a disposiciones de carácter especial, como las de los artículos 110 de la Ley 61 de 1905, 9º de la Ley 68 de 1923 y 72 de la Ley 42 de 1923, y no obstante el origen del crédito consistente en un contrato de arrendamiento, había lugar al cobro de intereses a razón del 1% mensual sobre el capital adeudado a la Nación.

Como es obvio, el problema surgido sobre liquidación de intereses que dio pie a la alzada ante la Corte, no constituye lo que en la técnica jurídica se denomina un *incidente de excepciones* en juicio ejecutivo, incidente al cual se refieren los artículos 1025, 1026 y siguientes del Código Judicial.

Por donde bien se comprende que, a la luz de la parte resolutiva de la sentencia sobre la exequibilidad de las referidas disposiciones de la Ley 67 de 1943, no es la justicia ordinaria, y por tanto no lo es esta Sala de la Corte, la llamada a conocer de la cuestión material de la alzada y por cuanto no se trata de un incidente de excepciones en el juicio ejecutivo instaurado contra el apelante.

En mérito de lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para el efecto de decidir la competencia negativa que en el presente asunto le ha sido provocada por el honorable Consejo de Estado, declara que insiste en que el conocimiento en el presente asunto y por lo que hace a la providencia de primera instancia que fue apelada, corresponde a aquella entidad.

En consecuencia, remítase nuevamente el expediente al honorable Consejo de Estado.

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

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Chaves, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Ejecución contra un Departamento

Para los fines del cobro ejecutivo de una deuda no puede hacerse una asimilación perfecta entre un Departamento, subdivisión político-administrativa del Estado, y un simple particular. Se justifica que cuando se trata de un particular pueda librarse el mandamiento de pago por la vía ejecutiva con base sencillamente en los documentos que indican la existencia de la deuda con las características ordinarias para su cobro por la expresada vía de ejecución (artículo 982 del Código Judicial). En cambio, cuando el ejecutado es un Departamento, sobre la base de una condenación fundada en los preceptos del Código de lo Contencioso-Administrativo, y merced al contenido del artículo 122 de dicho Código (Ley 167 de 1941), hay lugar a comprobar previamente que por parte del Departamento respectivo se cumplió con lo establecido en tal disposición legal; o al menos que se han hecho en debida forma, y por parte del interesado, las gestiones del caso para lograr ese cumplimiento sin conseguir el correspondiente resultado dentro de la debida oportunidad, y por renuencia de la entidad pública respectiva.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock)

Interpuso recurso de apelación la parte demandante contra el auto de veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y en el cual se negó a expedir auto ejecutivo a favor del señor Julio César Segovia B. y a cargo del Departamento de Nariño por la cantidad de quinientos ochenta y nueve pesos con veintiséis centavos ($ 589.26) e intereses legales.

El Tribunal en la providencia recurrida hace la siguiente relación de los antecedentes del asunto, en armonía con lo sostenido por el demandante señor Segovia:

"Que antes de septiembre de 1942, desempeñó el cargo de Director Seccional de la Escuela Nocturna de obreros de esta ciudad, pero que por Decreto número 473, de 25 de septiembre de ese año la Gobernación lo destituyó y nombró en su reemplazo al señor Alfonso Ibarra Revelo; que ante el Tribunal de lo Contencioso propuso demanda de nulidad de tal Decreto y obtuvo sentencia favorable, la que confirmó el Consejo de Estado; en esos fallos se condena al Tesoro Departamental a pagarle como perjuicios sufridos los sueldos que dejó de ganar en el Magisterio desde que fue retirado hasta el día que volvió al mencionado cargo; que el 16 de diciembre, por Decreto número 722 la Gobernación lo restituyó, y el 17 tomó posesión del cargo; y que la asignación mensual era de cuarenta pesos, y alega que se le debe el sueldo de catorce meses veintidós días transcurridos desde el día en que dejó el servicio, hasta que regresó a su cargo.

"Acompañó copia auténtica de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de esta ciudad, de 10 de mayo de 1943, la que dice: 'Es nulo el Decreto número 473 de 1942 (septiembre 25) expedido por la Gobernación del Departamento en cuanto por él se nombra al maestro Alfonso Ibarra Revelo como Director Seccional o Subdirector de la Escuela Nocturna de Obreros de esta ciudad, en reemplazo del demandante.—Segundo. Restablécese al señor Julio César Segovia en el cargo de Director Seccional o Subdirector de la Escuela Nocturna de Obreros de Pasto.—Tercero. El Tesorero Departamental pagará al demandante los sueldos que ha dejado de ganar desde que fue retirado de la Escuela Nocturna, hasta el día en que él vuelva al mencionado cargo', y copia de la sentencia de segunda instancia, dictada por el Consejo de Estado, de 26 de octubre de 1943 en que se confirma en todas sus partes, la sentencia anterior. Se hizo registrar la providencia de primera instancia, pero no la de segunda.

"También se acompañó copia de la acta de posesión que tomó el señor Segovia el 17 de diciembre de 1943 a virtud del Decreto de la Gobernación restableciéndolo en el puesto, y un certificado del señor Director de Educación Pública en que afirma que el sueldo mensual asignado al cargo del que fue destituído el señor Segovia, era de cuarenta pesos mensuales."

El Tribunal de primera instancia entra a analizar en seguida los documentos presentados por

el ejecutante, para el efecto de determinar si hay o nó lugar a librar el mandamiento de pago solicitado.

Encuentra, en efecto, que, a su juicio, no aparece de tal documentación que la deuda que se cobra constituya una cantidad líquida, ya que en la sentencia que se trata de ejecutar "esa cantidad no aparece como líquida, pues apenas se suministran los elementos que se pueden tener en cuenta para la liquidación".

Manifiesta luégo el Tribunal que tal liquidación sólo podría operarse mediante el procedimiento previo determinado en el capítulo 1º, tomo XV del Código Judicial, es decir, se entiende, según el indicado en el artículo 553 de dicho Código que prevé el caso de una sentencia en que haya condenación, en cantidad ilíquida, por frutos, perjuicios, etc.

Finalmente para sustentar su resolución, el Tribunal agrega:

"Y es que, por otro lado, no se tienen los elementos esenciales para efectuar esa operación, porque sólo se sabe y eso porque lo dice la sentencia, que el señor Segovia fue destituído por el Decreto número 473 de 1942, y se debe pagar los sueldos desde la fecha de ese Decreto o desde la posesión del reemplazado? Y esta última diligencia ¿cuándo se llevó a cabo?

"Y se debe pagar esos sueldos hasta que el señor Segovia se posesione nuevamente del cargo o hasta que se dicte el nombramiento restableciéndolo? Y ese Decreto ¿cuándo se dictó? Por referencias se sabe que se dictó el 16 de diciembre.

"Los actos oficiales no se los deben conocer por referencias sino con las copias auténticas expedidas por las respectivas autoridades, como muy bien lo sabe el solicitante."

Llegado el negocio a la Corte se le ha dado en ella la tramitación de rigor, con intervención del señor Procurador Delegado en lo Civil en representación del Departamento demandado.

El señor Procurador Delegado sostiene en su escrito de 29 de mayo último que debe ser confirmado el auto apelado, si bien señala para ello el siguiente fundamento, al menos en calidad de principal:

"Este Despacho considera que para el presente negocio era de estricta aplicación el artículo 122 del Código Contencioso Administrativo, concebido en estos términos:

'Cuando la Administración hubiere sido condenada al pago de una suma líquida de dinero, deberá acordarlo y verificarlo en la forma que determinen las disposiciones legales referentes al pago de las obligaciones y deudas del Estado, los Departamentos, Municipios y otras personas administrativas.'

"Como de conformidad con disposiciones constitucionales dichas personas no pueden hacer gastos que no hayan sido incluídos en su respectivo presupuesto, correspondía al Gobierno del Departamento apropiar la partida necesaria para dar cumplimiento a la sentencia, por medio de crédito adicional o incluyéndola en el próximo presupuesto, de conformidad con las nórmas fiscales que sobre el particular rijan allí. Como en el expediente no hay constancia de que la apropiación se efectuara, ni de que el demandante solicitara tal apropiación, síguese lógicamente que la deuda no era exigible en el momento en que se presentó la demanda."

La Sala es del mismo parecer que el señor Procurador Delegado en lo Civil. Considera, en efecto, que para los fines del cobro ejecutivo de una deuda no puede hacerse una asimilación perfecta entre un Departamento, subdivisión político-administrativa del Estado, y un simple particular.

Se justifica que cuando se trata de un particular pueda librarse el mandamiento de pago por la vía ejecutiva a base sencillamente de los documentos que indican la existencia de la deuda con las características ordinarias para su cobro por la expresada vía de ejecución (artículo 982 del Código Judicial).

En cambio, cuando el ejecutado es un Departamento, a base de una condenación fundada en los preceptos del Código de lo Contencioso Administrativo, como ocurre en el caso actual, y merced al contenido del ya transcrito artículo 122 de dicho Código que se acaba de mencionar (Ley 167 de 1941), hay lugar a comprobar previamente que por parte del Departamento respectivo se cumplió con lo establecido en tal disposición legal; o al menos que se han hecho en debida forma, y por parte del interesado, las gestiones del caso para lograr ese cumplimiento sin conseguir el correspondiente resultado dentro de la debida oportunidad, y por renuencia de la entidad pública respectiva.

En atención a lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto apelado, proferido por el Tribunal Superior de Pasto con fecha veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas.

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

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Chaves, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Cláusula de reversión en los contratos sobre explotación de petróleos considerada como una de las prerrogativas de nuestro Derecho Público.

1.—El Decreto legislativo número 34, en su artículo 2º, facultó al Gobierno para la celebración de contratos como el de explotación de petróleos sin necesidad de someterlos luégo a la aprobación del Cuerpo Legislativo. Por ese artículo y por el 5º del mismo Decreto, se abrogó el artículo 5º de la Ley 30 de 1903, mas no el 3º de este Decreto.

Las disposiciones del Código Fiscal a las cuales se alude en el artículo 3º de la citada Ley 30 son las de los artículos 1116, 1117 y 1118 del Código Fiscal de 1873. Así, pues, estudiadas esas disposiciones se llega a la conclusión de que los contratos respectivos, salvo el caso de que se resolviera someterlos a la aprobación del Congreso, debían, desde luégo, contener expresa o tácitamente estipulaciones sobre reversión, so pena de ilegalidad y aun de nulidad del contrato celebrado. (Artículos 2º y 5º de la Ley 68 de 1870).

2.—El fenómeno de la reversión en general ha constituído en Colombia una de las prerrogativas del Estado cuando éste hace concesiones de carácter temporal. Hay más: y es que constituye también principio inconcuso de nuestro derecho público el que jamás podría admitirse la existencia de una renuncia tácita en un contrato celebrado con el Gobierno y aun en los aprobados por el Congreso cuando se trata de las prerrogativas propias del Estado; y menos aún podría admitirse esa renuncia tácita cuando el Estado, por conducto del Gobierno, hace concesiones, otorga privilegios o da permisos. Principio es éste, por lo demás, de aceptación universal, como es bien sabido. La renuncia si llegara a existir, tendría que ser expresa y no hecha simplemente por el Gobierno, sino necesariamente constante en un acto expedido por el Cuerpo Legislativo del Estado.

3.—La Corte estima que el contrato sobre explotación y exploración de petróleos no es por todo concepto un genuino contrato de arrendamiento. En efecto, el contrato sobre explotación de minas, sobre la base de una participación en el producto líquido (contrato de 1905) en la explotación, no encaja perfectamente en el concepto jurídico del arrendamiento. Y es que se presenta como de la esencia del contrato de arrendamiento (artículo 1974 del Código Civil) que la cosa arrendada no sea fungible; empero, como la explotación de la mina no puede hacerse sino mediante la extracción de los minerales, lo que origina la destrucción de la mina misma, el requisito de la no fungibilidad falla en el presente caso. De otro lado, el contrato de arrendamiento, que es conmutativo, supone necesariamente el pago de un precio al arrendador (artículo 1973 del Código Civil), precio que en un caso como el de la concesión de 1905, con reconocimiento a favor del Estado de una cuota del producto líquido de la explotación, es precio que con frecuencia puede no existir en realidad, toda vez que habrá de faltar cuando la explotación de las minas no deje producto líquido alguno. Finalmente, no es normal en el arrendamiento la obligación a cargo del arrendatario de explotar, y gozar así de la cosa arrendada, al paso que sí es normal en el contrato sobre explotación de minas sobre la base de participación en los productos como precio para el que hace la concesión, la obligación que pesa sobre el concesionario de explotar las minas objeto de aquel contrato. Se ha pensado en asimilar entonces los contratos sobre explotación temporal de minas, del tipo de la concesión de la Tropical, a la aparcería de que trata el Código Civil en su artículo 2041, perteneciente al título del arrendamiento. Posiblemente exista alguna similitud. Mas se observa que el legislador mismo, en la dis-

posición antes citada, tiende a asimilar la aparcería misma a la sociedad, apartándola del concepto común del arrendamiento, asimilación que la Corte ha reconocido en la forma más amplia posible llegando a admitir que el colono aparcero está obligado a rendir cuentas precisamente como en la sociedad. Pero hay más: en la aparcería se recogen y consumen las cosechas, pero esos frutos se reproducen. En el contrato sobre explotación de minas se extraen, utilizan y consumen los minerales, pero, por el contrario, éstos no se reproducen. De manera que si el contrato de duración temporal sobre explotación minera, contrato innominado, de peculiares características, ha podido ser llamado en el lenguaje corriente arrendamiento, **o bien** sociedad **o** asociación, **como en verdad ha ocurrido, o** enajenación o venta de muebles por anticipación **(artículos 659, 755 y 1857 del Código Civil), es de una evidencia absoluta que mal se le puede calificar judicialmente y con carácter obligatorio de contrato de** arrendamiento **al menos para el efecto de que haya de quedar él irrestrictamente gobernado por las disposiciones del capítulo 26, antes mencionado, del Libro 4º del Código Civil, que trata especialmente del** contrato de arrendamiento **y que es aplicable, en general, a los bienes sujetos al derecho común.**

4.—Es incuestionable hoy la práctica contractual de que, cuando en un documento se hace expresa referencia a otro que en él debe mirarse como incorporado, la persona que así lo suscribe, procede en realidad como si firmara un documento que contiene aquel al cual se hace referencia. (Verba illata incese videntur). **Tal norma de aplicación diaria y constante se extiende al caso de** anexos, memorándumes, inventarios, planos, **etc.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

El doctor Carlos J. Medellín, obrando en ejercicio del cargo de **Procurador Delegado en lo** Civil, demandó ante la Corte y como representante de la Nación, a la "Tropical Oil Company", sociedad anónima organizada de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, de los Estados Unidos de América, representada por su apoderado general en Colombia, señor Raymond L. Dodson o por su sustituto señor Harold B. Richardson, en ausencia del principal.

La parte petitoria de la demanda respectiva, que debía adelantarse por los trámites de la vía ordinaria, está concebida así:

"1ª Que carece de todo efecto legal el artículo 3º de la Resolución ejecutiva de 13 de junio de mil novecientos veintiuno, en cuanto por dicho artículo se declaró que el término de la Concesión a que él se refiere principiaba el 25 de agosto de dicho año y que en esa fecha *debió* comenzarse la explotación.

"2ª Que el contrato de concesión para la explotación de petróleos de propiedad nacional en los terrenos que aparecen delimitados en el cuerpo de esta demanda, contrato primeramente celebrado con don Roberto de Mares el 6 de diciembre de 1905, traspasado en parte a 'Justo M. de la Espriella y Compañía' y últimamente en su totalidad a la Compañía demandada, según consta en la escritura pública número 1329, de 25 de agosto de 1919, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, termina naturalmente el día 14 de junio de mil novecientos cuarenta y seis, por expiración del término prefijado para su duración.

"3ª Que, en consecuencia, existe la obligación a término de que la Compañía demandada devuelva a la Nación el día indicado, o sea el catorce de junio de mil novecientos cuarenta y seis, la concesión de petróleos a que se refiere la declaración anterior, quedando de propiedad de la Nación, desde ese día, a título de reversión gratuita, todas las obras, edificios, máquinas, aparatos, cables aéreos, herramientas y en general todos los elementos de explotación y refinación, y todos los medios de comunicación empleados por el Contratista, en el estado en que se encuentren."

Antes de hacer mención expresa de los hechos en los cuales el señor Procurador de la Nación Delegado en lo Civil, hubo de sustentar la demanda, interesa transcribir en el presente fallo la Resolución ejecutiva número 145 de 24 de mayo de 1941, por la cual se ordenó la iniciación de dicha acción judicial.

Tal Resolución ejecutiva dice, en efecto, así:

"Resolución ejecutiva número 145 de 1941 (24 de mayo de 1941), por la cual se ordena la iniciación de acciones judiciales relacionadas con la terminación de la llamada 'Concesión de Mares'.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades legales, y *considerando:*

"Primero. Que el catorce de junio de mil novecientos cuarenta y seis vencerá el término de duración del contrato de explotación de petróleos de propiedad nacional celebrado con don Roberto de Mares el día 6 de diciembre de 1905,

contrato éste de que es titular actualmente la Tropical Oil Company, sociedad anónima constituída de conformidad con las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, por traspaso celebrado el 25 de agosto de mil novecientos diez y nueve y que consta protocolizado en la escritura pública número 1329, otorgada en la misma fecha ante el Notario Tercero de Bogotá, que corre publicada en el número 18367 del *Diario Oficial* correspondiente al 3 de julio de 1922, y

"Segundo. Que la Tropical Oil Company, notificada al respecto en nota del Ministerio de Minas y Petróleos, de fecha 23 de abril del año en curso, ha manifestado a ese Ministerio, en nota de 23 de mayo de 1941, que en su concepto los derechos de concesionaria de que disfruta esa Compañía sólo terminan el día 24 de agosto de 1951,

"resuelve:

"El señor Procurador General de la Nación, iniciará ante la Corte Suprema de Justicia la acción o acciones necesarias para obtener la declaración judicial de que el contrato celebrado con don Roberto de Mares el 6 de diciembre de 1905 sobre explotación de petróleos de propiedad nacional, que fue traspaso a la Tropical Oil Company el 25 de agosto de 1919 y que consta protocolizado en la escritura pública número 1329, otorgada en la misma fecha ante el Notario Tercero de Bogotá, y publicada en el número 18367 del *Diario Oficial* termina naturalmente, con expiración del término señalado para su duración, el día catorce de junio de mil novecientos cuarenta y seis, y que, en consecuencia, ese mismo día, o sea el catorce de junio de mil novecientos cuarenta y seis, la concesión aludida con todos los elementos de explotación y refinación que estén a su servicio, deberá volver a poder del Estado a título de reversión gratuita.

"Dada en Bogotá a 24 de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

"Comuníquese y publíquese. (Firmado), *Eduardo Santos.*—El Ministro de Minas y Petróleos (firmado), *Juan Pablo Manotas"* (Hay un sello).

Y volviendo ahora a los hechos fundamentales de la demanda, habrán de copiarse literalmente en seguida con el propósito principal de conservar intacto el pensamiento del representante de la Nación en esta trascendental controversia judicial.

"I. El 6 de diciembre de 1905, el Gobierno Nacional celebró con don Roberto de Mares un contrato de concesión para la explotación de los yacimientos o fuentes de petróleo que pudieran hallarse en un lote de tierras baldías de la Nación, comprendido dentro de los siguientes linderos: 'desde la desembocadura del río Sogamoso, en el río Magdalena, este río aguas arriba hasta la desembocadura del río Carare. Este río arriba hasta encontrar el pie de la Cordillera Oriental, y de aquí siguiendo por el pie de la dicha Cordillera hasta encontrar el río Sogamoso; y este río aguas abajo hasta el primer lindero citado'.

"II. En dicho contrato, que corre publicado en el número 12589 del *Diario Oficial,* correspondiente al 7 de marzo de 1906, se facultó al Contratista para traspasarlo a cualquiera persona natural o jurídica, previa la aprobación del Gobierno.

"III. Como término total de duración para el contrato anterior se señaló, en su artículo segundo, el de 'treinta años, que empezarán a contarse desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación'.

"IV. El artículo 5º del mismo contrato dipuso que: 'el concesionario queda obligado a dar principio a los trabajos diez y ocho meses después de que el presente contrato sea aprobado, quedando caducado éste si vencido ese plazo no lo hiciere'.

"V. Por medio de la escritura pública número 285 de 26 de mayo de 1905, otorgada en la Notaría de Cartagena, el señor De Mares cedió su concesión de petróleos a Justo M. de la Espriella y Compañía, en parte.

"VI. El Ministerio de Obras Públicas, en Resolución de 9 de octubre del mismo año, aprobó y aceptó ese traspaso.

"VII. El plazo inicial de diez y ocho meses para comenzar los trabajos de explotación fue primeramente prorrogado por tres (3) meses, que debían contarse desde el 6 de junio de 1907, a solicitud del señor De Mares mediante Resolución dictada por el Ministerio de Obras Públicas el 27 de marzo de 1906.

"VIII. Ese mismo plazo fue prorrogado por segunda vez y por dos (2) años contados a partir del 7 de septiembre de 1907, a solicitud de Justo M. de la Espriella y Compañía, y mediante Resolución del Ministerio de Obras Públicas dictada el 19 de junio del mismo año.

"IX. El concesionario no dio comienzo a los trabajos de explotación, ni en el término fijado en el contrato primitivo, ni en el señalado por las dos prórrogas anteriores, que se extendía hasta el 7 de septiembre de 1909.

"X. Por tal motivo y con base en lo pactado en el artículo 5º, el Ministerio de Obras Públicas, en Resolución de 22 de octubre de 1909, que corre publicada en el número 13826 del *Diario Oficial,* correspondiente al 2 de noviembre de

1909, declaró que estaba caducado el contrato a que se refieren los hechos anteriores.

"XI. La Resolución anterior, notificada de conformidad con lo ordenado en la Ley 53 de 1909, quedó plenamente ejecutoriada desde el año de 1911, ya que contra ella no se intentó recurso alguno ante la Corte Suprema de Justicia.

"XII. Adelantaron luégo los concesionarios varias gestiones encaminadas a obtener la revocatoria de la Resolución que les declaraba caducado su contrato, las que, no obstante estar ya en firme esa Resolución, culminaron en la providencia de fecha 17 de mayo de 1915, que corre publicada en el número 15547 del *Diario Oficial*, por medio de la cual se declaró infundada la declaración de caducidad.

"XIII. La Resolución anterior, al dar de nuevo vida a un contrato que estaba caducado desde 1909 por providencia ejecutoriada, hizo surgir la duda de cuándo debía vencerse el término fijado en el artículo 5º para dar comienzo a los trabajos de explotación.

"XIV. Por una u otra causa y atendiendo a razones que no es del caso puntualizar aquí, el Ministerio de Obras Públicas, el 29 de julio de 1915, resolvió: 'El contratista, señor don Roberto de Mares tendrá un plazo únicamente de doce (12) meses contados desde el 25 de junio pasado para dar comienzo a los trabajos de explotación de que trata el artículo 5º del contrato celebrado por él con el Gobierno Nacional que aparece publicado en el *Diario Oficial* número 12589 correspondiente al 7 de marzo de 1905, plazo que, aun cuando es de 18 meses —como queda dicho— se reduce a doce (12) meses, reducción que ha aceptado el señor De Mares según lo ha manifestado personalmente el suscrito'.

"XV. Para establecer la cumplida ejecución del contrato renovado, y especialmente para cumplir la obligación de comenzar los trabajos de explotación dentro del nuevo plazo de 'doce meses contados desde el 25 de junio' de 1915, de que trata la resolución ministerial a que se refiere el punto anterior, los concesionarios adelantaron los trabajos indispensables.

"XVI. Al efecto, el *catorce de junio de mil novecientos diez y seis* se dio principio a los trabajos de explotación, en los terrenos materia del contrato en referencia, como consta clara y terminantemente en acta oficial solemne de aquella misma fecha levantada ante la Inspección de Policía de Barrancabermeja.

"XVII. Desde mil novecientos diez y seis los concesionarios comenzaron a gestionar una nueva autorización del Gobierno para traspasar su concesión a la Tropical Oil Company, sociedad anónima organizada de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de la América del Norte.

"XVIII. En Resolución fechada el 20 de junio de 1919, el Ministerio de Obras Públicas declaró que el Gobierno estaba listo a otorgar su asentimiento al nuevo traspaso que se le proponía siempre que por parte de la Compañía concesionaria se aceptaran expresamente las modificaciones fundamentales al contrato de 1905 que señala la misma Resolución, y que a la letra dicen:

'1ª Que el total de la zona o de las zonas que puedan ser explotadas por la Compañía no excedan de cien mil (100.000) hectáreas, comprendidas entre los límites fijados en el artículo 1º del contrato o concesión de 6 de diciembre de 1905, zona o zonas que deberán delimitarse con precisión, dentro de tres (3) años, contados desde la fecha del traspaso. La delimitación de la zona o de las zonas se hará dentro de los terrenos baldíos o dentro de aquellos a cuyo subsuelo tenga o llegue a tener derecho la Nación;

'2ª Que la Compañía no adquiere con el traspaso de la concesión ningún derecho real sobre las minas de petróleo, ni sobre el suelo o el subsuelo en que se hallen, sino tan sólo el derecho de explotación de las fuentes ya descubiertas o que se descubran, dentro de la zona o de las zonas que se delimiten, y a título de arrendamiento;

'3ª Que el tanto por ciento que se pague a la Nación, por la Compañía cesionaria, como precio del arrendamiento, no sea menor del diez por ciento (10 por 100) del producto bruto que se explote, extraído de las minas, pagadero en dicho producto, o en su equivalente en los distintos productos que se obtengan de la empresa, o en dinero, por el precio de venta en el lugar de producción, de dichos productos, a voluntad del Gobierno y por semestres vencidos. Para calcular el producto bruto extraído se deduce el petróleo crudo que la empresa consuma en la misma explotación y beneficio;

'4ª Que una vez halladas las fuentes de petróleo de capacidad suficiente para su explotación comercial, se proceda, a más tardar dentro de un año, a organizar dicha explotación; la que luégo no podrá suspenderse sin el consentimiento del Gobierno; y que en caso de que la explotación no sea completa, o de que se suspendan sus trabajos, sin justo motivo y sin la previa aprobación del Gobierno, por seis meses, caducará la concesión;

'5ª Que la Compañía se obligue a establecer, dentro de los límites de la concesión primitiva, y en el curso de dos (2) años contados desde la aprobación del traspaso, una refinería de capa-

cidad suficiente para atender al consumo del país, y se obligue a vender, en todo tiempo, en el lugar de producción, el petróleo crudo y los productos de la refinería, a precios que no excedan de aquéllos que tengan el petróleo crudo y los mismos productos en la ciudad de Nueva York;

'6ª Que si fuere el caso de otorgar una prórroga, *se pactarán oportunamente entre el Gobierno y la Compañía cesionaria los términos y condiciones de ella y se someterá a la aprobación del Congreso;*

'7ª Que la Compañía renuncie a las tierras baldías de que trata el artículo 9º del contrato de 1905; pero el Gobierno le reconoce el derecho de construir en los terrenos baldíos de la Concesión todos los edificios y obras necesarias para la explotación del petróleo, así como también el derecho de tender y beneficiar oleoductos en los demás terrenos baldíos o de propiedad de la Nación que fuere necesario ocupar para llegar a un puerto fluvial o marítimo. Asimismo se le reconoce el derecho para la construcción de muelles, etc., necesarios para el beneficio de la Empresa;

'8ª Que la Compañía cesionaria y los trabajos de la explotación se someten a la inspección y vigilancia del Gobierno, por los medios adecuados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la Compañía y la efectividad de los derechos de la Nación;

'9ª Que la Compañía acepte igualmente las demás condiciones exigidas por las leyes y *las especificadas en el Decreto ejecutivo número 435 de 1916 y el modelo de póliza, publicado en el Diario Oficial número 15740, de diez de marzo del mismo año,* referentes a las causales de caducidad del contrato, a la fianza y multa, al sometimiento a los Jueces y Tribunales de la República, a la renuncia a entablar reclamación diplomática, a respetar los derechos de terceros legítimamente adquiridos, *y demás estipulaciones contenidas en dicha póliza,* en cuanto no fueren incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las presentes modificaciones'.

"XIX. El 19 de agosto de 1919 el señor representante de la Tropical manifestó que la dicha Compañía aceptaba las modificaciones fundamentales al contrato de 1905, que el Gobierno ponía como condición para aceptar el nuevo traspaso, a excepción de la 1ª, la cual se solicitaba fuera suprimida, haciendo a la 2ª las variaciones que esa supresión implicaba.

"XX. Por resolución de 23 de agosto de 1919 el Ministerio de Obras Públicas autorizó el traspaso de la concesión a la Tropical Oil Company.

"XXI. En el artículo 4º de dicha Resolución se dijo: 'En la escritura pública que se otorgue para el traspaso de la concesión, se insertarán las estipulaciones *no modificadas del primitivo contrato* y las aclaraciones y modificaciones que por esta Resolución y por la de 20 de junio último, se le han hecho, y que han sido aceptadas por las partes'.

"XXII. El 25 de agosto de 1919 se celebró, sin la firma del Presidente de la República, el contrato tripartita de traspaso con las modificaciones fundamentales pactadas entre las partes, como consta en la escritura pública número 1329 de la Notaría Tercera de Bogotá, y de aquella misma fecha.

"XXIII. En dicho contrato tripartita de traspaso de la concesión a la Compañía demandada, se dijo:

'Los linderos que se dejan mencionados serán de hoy en adelante los fijados, pero el lindero oriental que une los ríos Sogamoso y Carare por el pie de la Cordillera Oriental deberá ser fijado de común acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y la Compañía denominada The Tropical Oil Company, determinando puntos terminales sobre los mencionados ríos e intermedios si fuere necesario, para el trazado de la línea definitiva en el término de seis meses contados desde el día en que fuere elevado a escritura pública el traspaso de la concesión. Es entendido, sí, que la explotación debe contraerse a los terrenos que eran baldíos en la fecha del contrato, esto es, el seis de diciembre de mil novecientos cinco, de acuerdo con lo entones estipulado'.

"XXIV. Entre las cláusulas o estipulaciones nuevas que figuran en el contrato de traspaso de 1919, se halla la duodécima que dice: 'En el caso de otorgar una prórroga se pactarán oportunamente entre el Gobierno y la Compañía cesionaria, los términos y obligaciones de ella, y se someterá a la aprobación del Congreso'.

"XXV. Y la vigésima-primera, que reza: 'La Compañía cesionaria acepta en general todas las demás condiciones exigidas por las leyes y las especificadas en el Decreto número cuatrocientos treinta y cinco de mil novecientos diez y seis. Y *el modelo de la póliza,* publicados en el *Diario Oficial* número 15740 de diez de marzo del mismo año, en cuanto no fueren incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las anteriores estipulaciones'.

"XXVI. *El modelo de póliza* aceptado por la Compañía en la estipulación anterior, envuelve en su artículo 10 el derecho de reversión gratuita a favor del Estado, de todos los elementos

muebles e inmuebles que sirvieren o utilizare la empresa al tiempo de la terminación del contrato.

"XXVII. Y tal reversión no está en pugna ni con las estipulaciones del contrato de 1905, ni con las modificaciones de 1919.

"XXVIII. En la cláusula segunda del contrato de traspaso de la Concesión a la Tropical Oil Company se estipuló:

'La Compañía se obliga a establecer dentro de los límites de la concesión y en el curso de dos años contados desde la aprobación del traspaso, una refinería de capacidad suficiente para atender al consumo del país, y se obliga a vender en todo tiempo, en el lugar de producción, el petróleo crudo y los productos de la refinería a precios que no excedan de aquellos que tengan el petróleo crudo y los mismos productos en la ciudad de Nueva York'.

"XXIX. En 1921 la Tropical pidió se le prorrogara por un año más el plazo de dos años que le fijaba la cláusula segunda del contrato de traspaso para establecer una refinería de petróleo suficiente a atender al consumo general del país.

"XXX. Sometida esa petición a la consideración del honorable Consejo de Ministros, esta corporación, en sesión de 20 de mayo de 1921, conceptuó que se podía acceder a ella *'siempre que se entienda que ella no envuelve prórroga del término por el cual se ha otorgado la concesión'*.

"XXXI. Con base en el concepto anterior se expidió la Resolución ejecutiva de 13 de junio de 1921, cuya parte dispositiva reza:

'1º Declarar, como en efecto declara, suspendido por un término no mayor de un año, el plazo que debía vencerse el 25 de agosto del año en curso para que la Compañía denominada The Tropical Oil Company cumpla con la obligación de establecer dentro de los límites de su concesión una refinería de capacidad suficiente para atender al consumo del país.

'2º Declarar asimismo que esta suspensión de términos, motivada por los hechos que se dejan apuntados, *no envuelve prórroga del término por el cual se ha otorgado la concesión*, es decir, que este término correrá desde la fecha en que hubiera debido empezar a contarse si dicha suspensión no hubiera tenido efecto.

'3º Declarar igualmente que el término de duración de la concesión, que según la cláusula cuarta del contrato de traspaso es de treinta años, contados a partir de la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación, *empezara a contarse desde el 25 de agosto del año en curso*, fecha en que debió comenzarse tal explotación.

'4º La presente resolución no tendrá efecto alguno sin que sea aceptada por la Compañía en todas sus partes.'

"XXXII. La Tropical Oil Company dio su asentimiento a la Resolución anterior, el día 26 de junio de 1921.

"XXXIII. La declaración de que el término de duración de la concesión empezaba a contarse desde el 25 de agosto de 1921, no fue solicitada por la Tropical Oil Company, ni provocada por gestión alguna de ésta.

"XXXIV. Tampoco fue solicitada ni provocada por gestión alguna de dicha Compañía la declaración de que los trabajos de explotación debían comenzarse el 25 de junio de 1921.

"XXXV. Hasta el momento en que se hicieron estas declaraciones no se había discutido siquiera que los trabajos de explotación habían comenzado el 14 de junio de 1916, según constancia expresa contenida en el acta oficial de aquella fecha, ya relacionada.

"XXXVI. No existió, por tanto, en la realidad la *conveniencia de señalar con precisión* otra fecha desde la cual empezara a correr la concesión, conveniencia que se expresó como *causa* de la declaración hecha al respecto en el artículo 3º de la Resolución de 13 de junio de 1921.

"XXXVII. Habiendo comenzado los trabajos de explotación el 14 de junio de 1916, según queda dicho, la declaración de que el término de duración de la concesión comenzaba a contarse desde el 25 de agosto de 1921, envuelve una verdadera prórroga de dicho término, contra la intención claramente manifestada por el Gobierno, y aceptada por la Compañía."

Cumple advertir aquí que juega un papel de suma importancia en el presente litigio y por lo que toca al momento de la expiración del término de la concesión petrolífera, lo anotado por el señor Procurador Delegado en lo Civil bajo los hechos que, según la transcripción que antecede, aparecen marcados con los ordinales XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII XXXIV, XXXV, XXXVI y XXXVII, ya que ellos se refieren de manera directa a la Resolución de 13 de junio de 1921 del Ministerio de Obras Públicas, especialmente en cuanto, como ya se vio, hubo de expresar ella en forma solemne.

"3º Declarar igualmente que el término de duración de la concesión, que según la cláusula cuarta del contrato de traspaso es de treinta años, contados a partir de la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación, empezará a contarse desde el 25 de agosto del año en curso, fecha en que debió comenzarse tal explotación."

Lo que se acaba de expresar, en cuanto a la importancia cardinal en el litigio de este ordinal

3º de la Resolución ministerial de 1921, aparece confirmado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, toda vez que bajo el título de *Fundamentos de derecho,* se expresa en primer término así:

"*Fundamentos de derecho.*—No puede haber obligación sin una *causa real* y lícita. Se entiende por *causa* el motivo que induce al acto o contrato. (Artículo 1524 del Código Civil).

"Debe haber, pues, un *motivo real* que induzca al acto o contrato, para que éste sea generador de efectos jurídicos. De donde se sigue que si en realidad no existe el motivo que se ha expresado como causa de la declaración de voluntad, ha faltado dicho elemento esencial de todo acto o contrato.

"Según la relación de hecho de la demanda, no era discutido ni discutible que los trabajos de explotación comenzaron el 14 de junio de 1916, ni por parte de la Compañía hubo gestión alguna encaminada a que se fijara otra fecha como punto de partida del término de la concesión. Luego no existió en la realidad el motivo que se expresó como causa de la declaración hecha en el artículo 3º de la Resolución de 13 de junio de 1921, aceptada por la Compañía, o sea, la conveniencia de fijar con precisión la fecha desde la cual debía empezar a correr la concesión. Tal declaración de voluntad careció, por tanto, de *causa real,* lo que la hace absolutamente nula y, por lo mismo, carente de todo efecto jurídico.

"Pero aun admitiendo que hubiera existido el motivo de conveniencia para fijar con precisión la fecha desde la cual debía contarse el término de la concesión, la fijación del 25 de agosto de 1921 como punto de partida de dicho término carece por completo de causa, como quiera que siendo un hecho inmodificable, indiscutido e indiscutible que los trabajos de explotación habían comenzado el 14 de junio de 1916, no había motivo real alguno para señalar otra fecha distinta desde la cual se contara el término de que se trata.

"Y no podía lógicamente estar en la mente de la Compañía que los trabajos de explotación no habían comenzado el 14 de junio de 1916, porque si así hubiera sido, el contrato había caducado *ipso jure* el 25 de junio del mismo año, y entonces la Compañía nada habría adquirido como cesionaria.

—

"No habiendo sido sometida a la aprobación del Congreso la prórroga que implicaba la declaración hecha en el artículo 3º de la Resolución ejecutiva de 13 de junio de 1921, de conformidad con la cláusula 12ª del contrato de traspaso perfeccionado el 25 de agosto de 1919 (escritura número 1329 de la Notaría 3ª de Bogotá), se dejó de cumplir ese hecho convenido entre las partes para que la prórroga produjera efectos jurídicos. Por voluntad de las partes las posibles prórrogas se hallaban subordinadas al hecho de que fueran aprobadas por el Congreso. Y si no se cumplió ese hecho, la prórroga de que se viene hablando no pudo tener vida jurídica.

"De conformidad con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, 'en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración'.

"El 25 de agosto de 1919, fecha de la celebración del contrato de traspaso a la Tropical Oil Company, se hallaba en plena vigencia la Ley 75 de 1913, cuyo artículo 2º dice:

'Mientras se expide una ley que reglamente la denuncia y adjudicación de fuentes de petróleos e hidrocarburos en general, situadas en terrenos baldíos, sólo se podrán hacer concesiones temporales de dichos bienes, en virtud de contratos aprobados por el Congreso'.

"Entre las estipulaciones nuevas del contrato de traspaso se halla, según se ha visto, la de la cláusula duodécima sobre posibles prórrogas del término de la concesión. De consiguiente, para dichas prórrogas debía entenderse incorporado en el contrato el precepto del artículo 2º de la Ley 75 de 1913. Y si se entendía incorporado como ley era para darle cumplimiento llegado el caso. Ya se vio cómo la Resolución ejecutiva de 13 de junio de 1921 no fue sometida a la aprobación del Congreso. Luego la prórroga de hecho producida por la declaración del artículo 3º de aquella Resolución carece, por este nuevo aspecto, de todo efecto legal."

"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. (Artículo 1618 del Código Civil).

"Las declaraciones hechas por el Gobierno en la Resolución de 13 de junio de 1921, se tornaron al ser aceptadas por la Tropical Oil Company, en actos contractuales. De consiguiente le es aplicable a dichas declaraciones el precepto de interpretación y ejecución de los contratos que acaba de enunciarse.

"Ya se vio que la intención claramente manifestada en las declaraciones de voluntad contenidas en la Resolución de que se viene hablando, y aceptadas por la Compañía, fue que no se prorrogara el término de la concesión. No puede haber mayor claridad en esa intención.

"Y como según queda demostrado, el señalamiento del 25 de agosto como fecha inicial del término de la concesión envuelve una verdadera

prórroga de dicho término por más de cinco años, debe prevalecer sobre lo literal del artículo 3º de la Resolución de 13 de junio de 1921, la intención claramente manifestada por el Gobierno y aceptada por la Compañía, de no prorrogar el término de la concesión. En consecuencia la letra de dicho artículo 3º no puede producir efectos contra aquella intención."

Fue contestada la demanda por el señor Raymond L. Dodson en su carácter de representante ejecutivo y apoderado general de la Compañía demandada, en escrito que fue presentado ante la Corte el 10 de junio de 1941.

Sea el caso de tomar nota en la presente sentencia, de manera especial y expresa, de los términos como el demandado dijo contestar la demanda, al iniciar el escrito de contestación.

En efecto, dijo entonces contestarla en los siguientes términos:

"Peticiones subsidiarias: En subsidio solicito me opongo, con el mayor respeto, a que se hagan las declaraciones pedidas por el señor Procurador, y pido, en cambio, que se absuelva a la Tropical Oil Company de los cargos formulados en la demanda.

"Peticiones subsidiarias: En subsidio solicito que la Corte declare:

"Primero. Que el artículo 3º de la Resolución ejecutiva de 13 de junio de 1921, del Ministerio de Obras Públicas, constituye una interpretación auténtica de la cláusula cuarta del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional, la Tropical Oil Company y el señor Roberto de Mares, contenido en la escritura pública número 1329, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá el 25 de agosto de 1919, y tiene, por tanto, fuerza de ley para los contratantes, no pudiendo ser invalidada sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, ninguna de las cuales circunstancias se ha verificado.

"Segundo. Que el contrato de concesión celebrado primeramente con el señor Roberto de Mares el 6 de diciembre de 1905, traspasado en su totalidad a la Tropical Oil Company, termina naturalmente el día 25 de agosto de 1951, por expiración del plazo de 30 años, fijado para su duración, que principió a correr el 25 de agosto de 1921, fecha en la cual consideran las partes contratantes, de común acuerdo, que debieron cumplirse los hechos constitutivos del principio de la explotación; y

"Tercero. Que la Tropical Oil Co. no está obligada, al expirar el término del contrato, a entregar al Estado bienes distintos de los que le impone su carácter de arrendataria."

Por lo que toca con los hechos fundamentales de la demanda, aceptó la Compañía los marcados con los ordinales I, II, IV, V. VI. VII, VIII, XIV, XVIII, XIX, XX, XXI, XXIII, XIV, XXV, XXVIII, XXIV, XXV, XXVIII, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII y XXXIV (sic), si bien puso de presente que, según la misma Compañía, ellos no generan los derechos alegados por la Nación en este litigio.

En cuanto a los demás hechos de la demanda, la contestación fue así:

El hecho III, o sea el que se refiere a que el término total de duración del contrato celebrado en 1905 con el señor De Mares, fue señalado en el artículo de tal contrato en "treinta años, que empezarán a contarse desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación" lo aceptó también la Compañía "pero, como dice textualmente el apoderado, interpretándolo en armonía con las disposiciones que se estipularon en el contrato de traspaso".

El hecho XXII, esto es, el referente a haber sido celebrado el contrato tripartito de traspaso de 25 de agosto de 1919, sin la firma del Presidente de la República, con las modificaciones fundamentales pactadas entre las partes, dijo aceptarlo "aclarando que el 25 de agosto de 1919 se celebró, previa autorización del señor Presidente de la República y con la aprobación posterior del Consejo de Ministros y del Gobierno Nacional representado por el Presidente y el Ministro respectivo el contrato tripartito de traspaso, con las modificaciones pactadas por las partes, como consta en la escritura pública número 1329 de la Notaría 3ª de Bogotá, de aquella fecha."

Se refirió también el demandado de manera especial, a los hechos que en la demanda tocan con la circunstancia de no haber dado comienzo el primitivo concesionario señor De Mares a los trabajos de explotación en la debida oportunidad, a la consiguiente declaratoria de caducidad del año de 1909, a la notificación y ejecutoria de tal Resolución de caducidad, a la Resolución de 1905 (sic) por la cual se declaró infundada tal caducidad, a la duda que hizo surgir esta nueva Resolución acerca de "cuándo debía vencerse el término fijado en el artículo 5º para dar comienzo a los trabajos de explotación", al nuevo plazo que se dio entonces de doce meses contados desde el 25 de junio de 1915 para comenzar los trabajos de explotación y que desde 1916 los concesionarios comenzaron a gestionar una nueva autorización del Gobierno para traspasar su concesión a la Tropical Oil Company.

En otras palabras, se refirió a los hechos marcados en la demanda con los ordinales IX, X, XI, XII, XIII, XV y XVII para manifestar que "no le constan en la forma en que aparecen en la demanda, por no ser hechos suyos sino de ter-

ceras personas y que, en todo caso, deben ser plenamente acreditados en el juicio".

En cuanto al hecho XVI, es decir, aquél según el cual el *catorce de junio de mil novecientos diez y seis* se dio principio a los trabajos de explotación como consta en el acta de la misma fecha levantada ante la Inspección de Policía de Barrancabermeja, dijo textualmente la parte demandada lo siguiente:

"Niega la Compañía el hecho número XVI en el sentido que le da aparentemente la demanda."

Y agregó a continuación:

"Niega igualmente el hecho número XXVI haciendo constar que el modelo de póliza a que él se refiere sí se opone, en cuanto a la reversión, a las estipulaciones expresas e implícitas del contrato, según su naturaleza, y a la intención clara de las partes, que quedó inequívocamente manifestada en resolución del Consejo de Ministros, de fecha 14 de junio de 1919, aceptada por la Compañía, y en otros antecedentes importantes del contrato de traspaso."

Expresó luégo que el hecho XXVII de la demanda, o sea aquel según el cual "la reversión no está en pugna con las estipulaciones del contrato de 1905, ni con las modificaciones de 1919", como consecuencia del XVI, al cual se acaba de hacer referencia, "se niega en el sentido que le asigna la demanda".

Finalmente en cuanto a los hechos XXXV, XXXVI, XXXVII y XXXVIII, es, a saber, al que se relaciona con la aceptación de la "Tropical Oil Company" del contenido del Decreto 435 de 1916 y el *Modelo de póliza,* al concerniente a que el señor Procurador Delegado no admite que existiera en realidad la conveniencia en señalar con precisión la fecha desde la cual comenzara a correr la concesión, según la declaración 3ª de la Resolución de 13 de junio de 1921 tántas veces citada, a aquél según el cual tal declaración envuelve una verdadera prórroga del contrato, y al de que tal prórroga no fue sometida a la aprobación del Congreso, dice el demandado que son hechos que "niega la Compañía o no los acepta por inconducentes."

En una extensa exposición se refiere la parte demandada a los *fundamentos de derecho* de la demanda, para el efecto de hacer a éstos algunas glosas; y es especialmente interesante transcribir aquí lo que observa la Compañía sobre la llamada reversión gratuita. Dice así, en efecto:

"La tercera petición de la demanda se concreta a la entrega, al término de la concesión, a título de reversión gratuita, de todas las obras, edificios, máquinas, aparatos, cables aéreos, herramientas y en general todos los elementos de explotación y refinación, y todos los medios de comunicación empleados por el Contratista, en el estado en que se encuentren.

"Respecto de la reversión, siendo el contrato original, lo mismo que el de traspaso, un contrato de arrendamiento, las prestaciones a que haya lugar a tiempo de su terminación se rigen por las disposiciones que gobiernan ese contrato y que no admiten el concepto de reversión. Lo que significa que la naturaleza misma del contrato de que es parte la Tropical Oil Company, pugna con la tercera petición de la demanda, porque la reversión fue excluída tácitamente al hablarse en su cláusula vigésima-primera de las condiciones de la póliza que no fueran incompatibles con las estipulaciones de la convención. Exclusión tácita que vino a materializar, por decirlo así, la siguiente conclusión adoptada por el Consejo de Ministros el 14 de junio de 1919, según aparece de la copia del acta respectiva que se acompaña: 'a)... b) Que se prescinda de la condición en virtud de la cual, al vencimiento del término de la concesión deban pasar a ser propiedad de la Nación los útiles, enseres y materiales de la empresa, y en lugar de ella se ponga que si fuere el caso de otorgar una prórroga, se pactarán oportunamente entre el Gobierno y la Compañía cesionaria los términos y condiciones de ella y se someterá a la aprobación del Congreso.'

"En cuanto a que el contrato con Roberto de Mares, lo mismo que el de traspaso a la Tropical Oil Co. son de arrendamiento, no creo que haya siquiera lugar a discusión. En el informe rendido al Consejo de Ministros, por los doctores Miguel Abadía Méndez y Esteban Jaramillo, que aparece en el *Diario Oficial* correspondiente a 21 de julio de 1919, se lee lo siguiente: 'El contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el señor De Mares sobre explotación de fuentes de petróleo, es a todas luces un contrato de arrendamiento'. En la cláusula quinta del contrato de traspaso se habla del porcentaje que pagará la Compañía a la Nación 'como precio del arrendamiento'; y la cláusula décimacuarta dice así: 'La Compañía no adquiere con el traspaso de la concesión ningún derecho real sobre las minas de petróleo ni sobre el suelo o el subsuelo en que se hallen, sino tan sólo el derecho de explotación de las fuentes ya descubiertas o que se descubran dentro de la zona que se delimite, y a título de arrendamiento'. La Ley 120 de 1919, en todas las disposiciones pertinentes, les da a estos contratos el mismo carácter de arrendamiento. Luego no hay la menor duda sobre el particular; ni el Gobierno le ha asignado nunca otro carácter al contrato de que es ce-

sionaria la Tropical Oil Co. a todo lo largo de la ejecución leal que una y otra parte le han dado, ni el ilustrado jurista que lleva dignamente su representación ante la Corte, ha insinuado nada en contrario."

Como bien se comprende, por las transcripciones aquí hechas, tanto de la parte pertinente de la demanda como de la contestación de la parte demandada, este litigio tiene como sujeta materia de decisión, no solamente el punto de resolver si la concesión termina en la fecha que señala el señor Procurador Delegado en lo Civil en la demanda referida sino, en general, la determinación de fecha de vencimiento de tal concesión y que la Compañía demandada pretende sea el 25 de agosto de 1951.

En el término probatorio del juicio, ambas partes litigantes adujeron pruebas. Figuran también en el proceso los extensos alegatos que ambas a su tiempo presentaron; y, por cuanto el asunto se halla en estado de ser fallado en definitiva, a ello procede la Sala, y al efecto considera lo siguiente:

I

Fecha de la expiración del término de la concesión.

Aparece como Ministro firmante de la Resolución ejecutiva de 13 de junio de 1921 el de Obras Públicas de esa época, doctor Esteban Jaramillo. Se declaró en el artículo 3º de ella que desde el 25 de agosto del mismo año empezaba el término de treinta años pactado para la concesión.

El señor representante de la Nación ha solicitado que se declare por la Corte que ese artículo 3º de la Resolución carece de todo efecto legal y que a su turno se reconozca que el término de duración de la concesión empezó mucho antes de la fecha indicada, o sea que empezó precisamente el 14 de junio de 1916.

Se verá en seguida cuál fue el motivo, o razón principal que se ha presentado para estimar que la justicia ordinaria es la llamada a definir lo tocante al momento preciso en el cual inició su vigencia la concesión petrolífera treintenal que hoy tiene por su cuenta la *Tropical Oil Company.*

Consiste dicho motivo en la existencia hecha pública de un memorándum informal, cuyo autor el doctor Esteban Jaramillo reconoce como propio, en el presente juicio (folios 58 y 59 del cuaderno de pruebas de la Nación) y que textualmente, y en su integridad, está concebido en los siguientes términos:

"Memorándum: El contrato de 24 de agosto de 1919, sobre aceptación del traspaso, dijo;

'Segunda. La Compañía se obliga a establecer, dentro de los límites de la concesión y *en el curso de dos años contados de la aprobación del traspaso,* una refinería de capacidad suficiente para atender al consumo del país.....'

'Tercera. Una vez halladas las fuentes de petróleo de capacidad suficiente para su explotación comercial, *se procederá a más tardar dentro de un año, a organizar dicha explotación,* la que luégo no podrá suspenderse sin el consentimiento del Gobierno y que, en caso de que la explotación no sea completa o de que suspendan los trabajos sin justo motivo y sin la previa aprobación del Gobierno por seis meses, caducará la concesión.'

'Cuarta. El presente contrato durará por el término de treinta años que empezarán a contarse *desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación.*'

"Como se ve, el contrato contemplaba una fecha futura para comenzar la explotación y, por consiguiente, para empezar el término de treinta años. El Ministro de Obras Públicas en 1921 juzgó necesario señalar con precisión esa fecha para evitar disputas ulteriores y, ciñéndose a lo estipulado en las cláusulas transcritas, dijo lo siguiente:

'Considerando:

'Que conviene señalar con precisión la fecha desde la cual empieza a correr la concesión que hoy tiene la Compañía, *resuelve:* ....3º Declarar igualmente que el término de duración de la concesión, *que, según la cláusula cuarta del contrato de traspaso, es de treinta años, contados desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación, empezará a contarse desde el día 25 de agosto del año en curso, fecha en que debió empezarse tal explotación.*'

"Ahora resulta que la explotación había empezado desde 1916, según aparece de una acta que no debió tenerse en cuenta al celebrar el contrato de 1919 ni al dictar la Resolución de 1921; de suerte que, según esa acta, el término de la concesión tenía ya cinco años corridos cuando se aceptó el traspaso. Declaro que sólo conocí el acta en referencia el año pasado cuando me la enseñó un miembro de la Cámara. Si esa acta se hubiera tenido en cuenta en el contrato, se habría dicho que desde la fecha de ella había empezado el término de los treinta años, en vez de hablar de una fecha futura.'

"¿Cuál es la conclusión que debe sacarse de todo esto? Que ni el contrato ni la Resolución que en él se fundó, pudieron modificar el hecho cumplido e irrevocable de que la concesión estaba corriendo desde 1916 y que desde entonces

empezó el término de los treinta años. Para que así no fuera, sería necesario que se hubiera *pactado expresamente* una prórroga de cinco años, pues tal prórroga no podía presumirse ni *pactarse tácitamente*, tanto más cuanto, según el contrato de 1905, aquélla sólo podía acordarse al vencimiento de la concesión.

"Así debería declararlo al Congreso, y la Compañía tendría que aceptarlo porque sus derechos están íntimamente vinculados al acta de 1916."

Parece que el *Memorándum* transcrito fue entregado por su autor al doctor Carlos Arango Vélez, mas no existe en el juicio la más leve noticia acerca de quién solicitó al doctor Jaramillo la elaboración de dicho Memorándum, ni la razón por la cual llegara a poder del doctor Carlos Arango Vélez, ni qué finalidad precisa se buscaba con la elaboración de aquél. Estas últimas consideraciones contribuyen también a calificar, dentro del presente juicio, como ya se calificó aquí al documento dicho, de ser documento *manifiestamente informal*.

En todo caso, conocida la existencia de dicho documento vino la demanda del señor Procurador Delegado en lo Civil. Alrededor de ese documento y conexas con él se crearon y se hicieron venir a los autos algunas pruebas que serán estudiadas cuando se haya logrado definir en este fallo la genuina situación jurídica que hubo de crearse al ser firmado el contrato tripartita llamado de traspaso, del 25 de agosto de 1919, relacionándolo con el contrato primitivo celebrado en el año de 1905 con el señor De Mares.

Empero para este análisis es necesario conocer en su integridad el contrato dicho de 1905, las Resoluciones ejecutivas que inmediatamente precedieron al tripartita de traspaso de 1919, así como este último contrato y también la Resolución de 13 de junio de 1921.

Y de ahí que se hagan en seguida las correspondientes transcripciones.

"Número dos mil doscientos siete.—En el Distrito Capital de Bogotá, República de Colombia, a quince de diciembre de mil novecientos cinco, ante mí Julio Pinzón Escobar, Notario Segundo de este Circuito y ante los testigos instrumentales señores Edmond Champeau y Manuel José Peña C., varones, mayores de veintiún años, vecinos de este Distrito, de buen crédito y en quienes no concurre ninguna causal de impedimento, comparecieron los señores doctores Modesto Garcés, Ministro de Obras Públicas, en representación del Gobierno Nacional y Roberto de Mares, en su propio nombre, ambos varones, mayores de edad, vecinos de esta ciudad, a quienes conozco, del carácter oficial del primero doy fe, y dijeron: Que elevan a escritura pública el contrato siguiente: Contrato celebrado con el señor doctor Roberto de Mares, sobre explotación de fuentes de petróleo en terrenos de propiedad de la Nación.—Los suscritos, a saber: Modesto Garcés, Ministro de Obras Públicas debidamente autorizado por el Excelentísimo señor Presidente de la República, a nombre del Gobierno, por una parte, que se llamará *El Gobierno*, y Roberto de Mares, en su propio nombre, por otra, que se denominará *El Concesionario*, han celebrado el siguiente contrato:—Artículo 1º El Concesionario se compromete a organizar un Sindicato o Compañía con capital suficiente para la explotación en grande escala de los pozos o fuentes de petróleo que se encuentren en los terrenos baldíos de la Nación comprendidos dentro de los siguientes linderos: Desde la desembocadura del río Sogamoso en el río Magdalena; éste río aguas arriba hasta la desembocadura del río Carare. Este río arriba hasta encontrar el pie de la Cordillera Oriental y de aquí, siguiendo por el pie de la dicha cordillera hasta encontrar el río Sogamoso; y este río aguas abajo hasta el primer lindero citado.—Artículo 2º El presente contrato durará por el término de treinta años que empezarán a contarse desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación.—Artículo 3º El Concesionario se compromete a emplear el capital de que trata el artículo 1º, en la extracción del petróleo crudo, en refinarlo y separar sus componentes, dándolo al consumo del país a un precio que permita hacer la competencia al que se importa de Europa o los Estados Unidos.—Artículo 4º El Concesionario se obliga a dar al Gobierno el 15% del producto neto de toda producción por semestres vencidos. Para tal efecto el Gobierno, por medio de un agente o comisionado especial podrá examinar las cuentas de la empresa.—Artículo 5º El Concesionario queda obligado a dar principio a los trabajos diez y ocho meses después de que el presente contrato sea aprobado, quedando caducado éste si vencido este plazo no lo hiciere.—Artículo 6º El Gobierno se obliga a permitir la extracción del petróleo en los terrenos de propiedad de la Nación, delimitados en el artículo 1º, por cuenta del Concesionario o de quien sus derechos represente; y a no conceder igual permiso durante el tiempo del contrato para que otra persona o compañía establezca trabajos de la misma naturaleza dentro de los linderos demarcados, por el citado artículo 1º.—Artículo 7º Para todos los efectos legales se declara obra de utilidad pública la explotación a que se refiere este contrato, y en tal virtud el Concesionario gozará de todos los derechos y acciones que conceden las leyes a las empresas

de esta clase.—Artículo 8º El Gobierno se compromete a no gravar con derechos de exportación, ni otros, el petróleo que se extraiga en virtud del presente contrato.—Artículo 9º El Gobierno se compromete a dar al Concesionario o a quien sus derechos represente, una vez establecida la empresa, mil hectáreas (1.000) de tierras baldías por cada una de las primeras cinco fuentes o pozos de petróleo que ponga en explotación, fuentes entre las cuales figuran las que con los nombres de *La Llana* y *Hospital*, ha descubierto el Concesionario.—Parágrafo. La adjudicación de tierras baldías de que trata este artículo se hará de acuerdo con las disposiciones sobre la materia y el costo de mensura y delimitación será de cargo del Concesionario. Artículo 10º Las concesiones a que se refiere el presente contrato, es entendido que se otorgan en cuanto no hieran intereses de terceros o derechos ya adquiridos.—Artículo 11. El presente contrato podrá ser traspasado previo permiso del Gobierno, al individuo o compañía que tenga a bien el Concesionario, pero en ningún caso podría verificarse en favor de Gobierno o Nación extranjera.—Artículo 12. En caso de que el traspaso se haga en favor de individuo o compañía extranjera, será condición indispensable que el Concesionario acepte en todas sus partes lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 145 de 1888 'sobre extranjería y naturalización' cuyas disposiciones deberán quedar incorporadas en la correspondiente escritura de cesión.—Artículo 13. Vencido el término de este contrato, podrá ser prorrogado a voluntad de ambas partes, por el tiempo que estimen conveniente.—Artículo 14. El presente contrato requiere para su validez de la aprobación del honorable Consejo de Ministros y del Excelentísimo señor Presidente de la República. En fe de lo expuesto, se firman dos ejemplares de un mismo tenor en Bogotá a veintiocho de noviembre de mil novecientos cinco.—Modesto Garcés, Roberto de Mares.—Consejo de Ministros.—Bogotá, noviembre 30 de 1905.—En sesión de la fecha fue aprobado por el Consejo de Ministros el contrato que precede. El Secretario, Camilo Torres Elicechea.—Poder Ejecutivo Nacional—Bogotá, 6 de diciembre de 1905.—Aprobado.—R. Reyes.—El Ministro de Obras Públicas, Modesto Garcés.—No se pagan derechos de registro, conforme a la ley.—Leído que fue este instrumento a los interesados, lo aprobaron y firman junto con los testigos mencionados y por ante mí, quedando advertido de la formalidad del registro, de todo lo cual doy fé. (Firmados): Modesto Garcés, Roberto de Mares, Edmond Champeau, Manuel José Peña C., Julio Pinzón Escobar, Notario Segundo."

"Resolución proferida por el Ministerio de Obras Públicas el 20 de junio de 1919.

"Ministerio de Obras Públicas—Bogotá, junio 20 de 1919.—Vistos los memoriales de fecha 9 de abril del corriente año, en los cuales, tanto el doctor Antonio José Cadavid, en su carácter de mandatario de la Compañía anónima denominada *'The Tropical Oil Company'*, organizada de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, de los Estados Unidos de América, como el señor Roberto de Mares, en su propio nombre, y como representante de la Sociedad titulada: *'Justo M. de la Espriella & Co.'*, actualmente en liquidación, solicitan del Gobierno permiso para traspasar la concesión para explotar minas de petróleo, otorgada al mismo señor Roberto de Mares por contrato de 6 de diciembre de 1905, publicado en el *Diario Oficial* número 12589, de fecha 7 de marzo de 1906, y *considerando:* 1º Que el honorable Consejo de Ministros, en vista de la primera solicitud de traspaso, hecha en 1916, conceptuó que, en los términos en que se hallaba concebida la concesión otorgada al señor Roberto de Mares, no convenía acceder al permiso que éste había solicitado para traspasarla, con lo cual claramente se quiso significar por dicha corporación, que en caso de acceder a algún traspaso, era indispensable introducir reformas en los términos de la concesión; 2º Que la honorable Asamblea del Departamento de Santander, en sus sesiones ordinarias del presente año, aprobó, por unanimidad, una proposición en la cual solicitó del Gobierno Nacional que, en caso de acceder al traspaso de la concesión otorgada al señor Roberto de Mares, se debían imponer a la nueva entidad cesionaria, determinadas obligaciones que se especifican en la proposición aprobada; 3º Que la Cámara de Comercio de Bucaramanga se ha dirigido al Gobierno Nacional, haciéndole igual solicitud que la honorable Asamblea de Santander; 4º Que si el Gobierno, después de un estudio atento de este negocio, considerándolo en sus varios aspectos, y aun antes de recibir las solicitudes a que se ha hecho referencia, tenía determinado, en caso de acceder al traspaso, exigir de la entidad, a cuyo favor se efectuara, nuevas condiciones que garanticen de manera efectiva y clara, tanto los derechos de la Nación como el buen resultado de la empresa; 5º Que el honorable Consejo de Ministros, en su sesión del 14 de los corrientes, aprobó, a moción del señor Ministro del Tesoro, una proposición en virtud de la cual se acordó: 'a) Que la paricipación del Gobierno en la explotación de tales fuentes sea del 10% del producto bruto, y b) Que se prescinda de la condición en vista de la cual al vencimiento del tér-

mino de la concesión deben pasar a ser propiedad de la Nación los útiles, enseres y materiales de la empresa, y en lugar de ella se ponga que si fuere el caso de otorgar una prórroga, se pactarán oportunamente entre el Gobierno y la Compañía cesionaria los términos y condiciones de ella y se someterá a la aprobación del Congreso.' 6º Que es un deber del Gobierno, dada la riqueza petrolífera del país, fomentar esta industria, puesto que ella está llamada a ser para la Nación una fuente segura de beneficios, tanto en el campo económico como en el fiscal. *Se resuelve:* Manifestar a los peticionarios 'The Tropical Oil Company' y señor Roberto de Mares, que el Gobierno está dispuesto a conceder el permiso de que trata el artículo once (11) del contrato de 6 de diciembre de 1905, 'sobre explotación de fuentes de petróleo en terrenos de propiedad de la Nación', para traspasar la concesión otorgada al mismo señor De Mares, a favor de la compañía anónima, denominada 'The Tropical Oil Company' organizada de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware, de los Estados Unidos de América, siempre que por la Compañía cesionaria se acepten expresamente las siguientes modificaciones fundamentales al contrato de 1905: 1ª Que el total de la zona o de las zonas que puedan ser explotadas por la Compañía no exceda de cien mil (100.000) hectáreas comprendidas entre los límites fijados en el artículo 1º del contrato de concesión de seis (6) de diciembre de mil novecientos cinco (1905), zona o zonas que deberán delimitarse con precisión, dentro de tres (3) años, contados desde la fecha del traspaso. La delimitación de la zona o zonas se hará dentro de los terrenos baldíos o dentro de aquellos a cuyo subsuelo tenga o llegue a tener derecho la Nación; 2ª Que la Compañía no adquiere con el traspaso de la concesión ningún derecho real sobre las minas de petróleo ni sobre el suelo o el subsuelo en que se hallen, sino tan sólo el derecho de explotación de las fuentes ya descubiertas o que se descubran, dentro de la zona o de las zonas que se delimiten, y a título de arrendamiento; 3ª Que el tanto por ciento que se pague a la Nación, por la Compañía cesionaria como precio del arrendamiento, no sea menor del diez por ciento (10%) del producto bruto que se explote, extraído de las minas, pagadero en dicho producto, o en su equivalente en los distintos productos que se obtengan de la empresa, o en dinero, por el precio de venta en el lugar de producción de dichos productos, a voluntad del Gobierno, y por semestres vencidos. Para calcular el producto bruto extraído, se deduce el petróleo crudo que la empresa consuma en la misma explotación y beneficio; 4ª Que una vez halladas las fuentes de petróleo de capacidad suficiente para su explotación comercial, se proceda, a más tardar, dentro de un año a organizar dicha explotación, la que luégo no podrá suspenderse sin el consentimiento del Gobierno; y que en caso de que la explotación no sea completa, o de que se suspendan sus trabajos, sin justo motivo y sin la previa aprobación del Gobierno, por seis (6) meses, caducará la concesión; 5ª Que la Compañía se obligue a establecer, dentro de los límites de la concesión primitiva, y en el curso de dos (2) años, contados desde la aprobación del traspaso, una refinería de capacidad suficiente para atender al consumo del país, y se obligue a vender en todo tiempo, en el lugar de producción, el petróleo crudo y los productos de la refinería a precios que no excedan de aquellos que tengan el petróleo crudo y los mismos productos en la ciudad de Nueva York; 6ª Que si fuere el caso de otorgar una prórroga se pactarán oportunamente entre el Gobierno y la Compañía cesionaria los términos y condiciones de ella y se someterá a la aprobación del Congreso; 7ª Que la Compañía renuncie a las tierras baldías de que trata el artículo 9º del contrato de 1905; pero el Gobierno le reconoce el derecho de construir en los terrenos baldíos de la concesión todos los edificios y obras necesarias para la explotación del petróleo, así como también el derecho de tender y beneficiar oleoductos en los demás terrenos baldíos o de propiedad de la Nación que fuere necesario ocupar para llegar a un puerto fluvial o marítimo. Asimismo se le reconoce el derecho para la construcción de muelles, etc., necesarios para el beneficio de la empresa; 8ª Que la Compañía cesionaria y los trabajos de la explotación se sometan a la inspección y vigilancia del Gobierno, por los medios adecuados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la Compañía y la efectividad de los derechos de la Nación; 9ª Que la Compañía acepte igualmente las demás condiciones exigidas por las leyes y las especificadas en el Decreto ejecutivo número 435 de 1916, y el modelo de póliza publicados en el *Diario Oficial* número 15740, de 10 de marzo del mismo año, referentes a las causales de caducidad del contrato, a la fianza y multa, al sometimiento a los Jueces y Tribunales de la República, a la renuncia expresa a entablar reclamación diplomática, a respetar los derechos de terceros legítimamente adquiridos, y demás estipulaciones contenidas en dicha póliza, en cuanto no fueren incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las presentes modificaciones.—Para la aceptación de estas modificaciones se señala a la Compañía el término de noventa días (90), a contar desde

la fecha de esta resolución. Aceptadas que sean estas condiciones, se procederá a otorgar con la Compañía la escritura correspondiente.—Sométase la presente resolución a la aprobación ejecutiva.—Comuníquese, notifíquese y publíquese. El Ministro (firmado), *Carmelo Arango.*—Poder Ejecutivo—Bogotá, junio 20 de 1919.—Aprobada. (Firmado), *Marco Fidel Suárez*—El Ministro de Obras Públicas (firmado), *Carmelo Arango.*"

—

Resolución proferida por el Ministerio de Obras Públicas el 25 de agosto de 1919.

"Ministerio de Obras Públicas—Bogotá, 23 de agosto de 1919. *Considerando*: 1º Que el señor doctor Marcelino Uribe Arango presenta a este Ministerio, con memorial de 19 de los corrientes, una escritura pública otorgada en la ciudad de Pittsburg, Estado de Pensylvania, de la República de los Estados Unidos de América, el 17 de junio de 1919, ante el Notario Público de dicho Estado, señor J. H. Holliday, en virtud de la cual los señores Joe C. Trees y Leslie B. Denning, en su capacidad de Presidente y Secretario, respectivamente, de la sociedad anónima denominada *The Tropical Oil Company,* organizada según las leyes del Estado de Delaware, cuyos Estatutos están protocolizados por escritura número 425, de 14 de abril de 1917, en la Notaría Tercera de este Circuito de Bogotá, con lo cual han quedado cumplidos, por parte de la expresada Compañía, los requisitos exigidos por los Decretos legislativos números 2 y 37 de 1908 (*Diario Oficial* número 16139, de 11 de julio de 1917), confieren poder a dicho señor Uribe Arango, para que represente ampliamente a la mencionada Compañía ante las autoridades de Colombia, escritura de poder que ha sido debidamente registrada ante el Registrador de este Circuito, con fecha 19 de agosto de 1919, bajo el número 708; 2º Que con el carácter de apoderado, como se deja dicho, el mencionado doctor Marcelino Uribe Arango se da por notificado de la Resolución de este Ministerio, de 20 de junio del presente año, referente al permiso para traspasar la concesión hecha por el Gobierno al señor Roberto de Mares a la Tropical Oil Company (Resolución publicada en el *Diario Oficial* números 16807/8, de 3 de julio último; 3º Que dicho señor doctor Uribe Arango, en su carácter expresado, manifiesta aceptar, para el caso de traspaso, todas las condiciones exigidas en la Resolución de 20 de junio del año en curso, citada en el numeral anterior, menos la marcada con el ordinal 1º, por ser imposible para la Compañía que representa aceptar la disminución de la zona de concesión, por lo cual solicita 'que sea suprimida la modificación marcada con el ordinal 1º en dicha Resolución y modificada consecuencialmente la segunda'; 4º Que la modificación contenida en el ordinal 1º tuvo por objeto principal delimitar de una manera precisa la zona de la concesión, fijada de manera vaga en el contrato primitivo de 6 de diciembre de 1905, ya que no es posible establecer, sin un acuerdo previo entre las partes, los puntos terminales de la línea que una los ríos Carare y Sogamoso, 'siguiendo por el pie de la Cordillera Oriental', frase ésta de tal ambigüedad, que no permite en un momento dado decir en dónde termina la concesión por ese lado; 5º Que la reducción a cien mil hectáreas para delimitarlas en el corto término de tres años de que trata el ordinal 1º de la citada resolución podría dar por resultado el que se escogieran zonas litigiosas, lo que entrabaría el funcionamiento de la empresa, por no ser posible reemplazarlas, pasados los tres años citados; 6º Que dentro de la zona de la concesión, tal como fue delimitada en el referido contrato, existen terrenos baldíos cuya propiedad es preciso asegurar para el Estado, mientras no se pruebe el dominio particular que se alegue sobre ellos, y con ese fin The Tropical Oil Company se obliga a su costa, a coadyuvar con el Gobierno en la defensa de los derechos de la Nación; 7º Que es conveniente aclarar el artículo 6º en relación con el 10º del contrato de 6 de diciembre de 1905, en cuanto en él se obliga el Gobierno a no conceder permiso para que otra persona o entidad distinta del concesionario o de quien sus derechos represente, establezca trabajos de la misma naturaleza dentro de los linderos de la concesión, lo que entraña un concepto distinto de lo que se estipuló en dichos artículos, pues el Gobierno sólo quiso obligarse respecto de los terrenos baldíos situados dentro de la zona de la concesión, pero en ningún caso respecto de propiedades particulares; 8º Que en el interés del Gobierno está el facilitar la explotación, así por los rendimientos que aporta al Tesoro la participación que le corresponde en ella, como porque el fomento de las industrias nuevas acrece la riqueza pública; y 9º Que para la fijación del lindero que ha de pasar por el pie de la Cordillera Oriental, puede ser preciso el envío de una comisión técnica designada por las partes que haga el trabajo sobre el terreno, si antes no pudieren acordarse los puntos terminales o intermedios de la línea poligonal que marque ese lindero, por conducto de la Oficina de Longitudes, lo que implicaría un plazo por lo menos de seis meses, *se resuelve:* Primero. Téngase al señor doctor Marcelino Uribe Arango como apoderado y representante legal de la Compañía denominada

The Tropical Oil Company, del Estado de Delaware, de la República de los Estados Unidos de América; Segundo. Concédese permiso al señor Roberto de Mares para traspasar a The Tropical Oil Company la concesión contenida en el contrato de 6 de diciembre de 1905 "sobre explotación de fuentes de petróleo en terrenos de propiedad de la Nación", con las condiciones que han sido aceptadas por dicha Compañía, determinadas en la Resolución de este Ministerio, de fecha 20 de junio del año en curso, excepción hecha de las marcadas con los ordinales 1º y 2º, que quedarán así: La marcada con el ordinal 1º: 'Los linderos de la zona de concesión de que trata el artículo 1º del contrato de 6 de diciembre de 1905 serán de hoy en adelante los fijados en dicho contrato, pero el lindero oriental que une los ríos Sogamoso y Carare por el pie de la Cordillera Oriental deberá ser fijado de común acuerdo entre este Ministerio y la Compañía denominada The Tropical Oil Company, determinando puntos terminales sobre los mencionados ríos, e intermedios si fuere necesario, para el trazado de la línea definitiva, en el término de seis meses contados desde el día en fuere (sic) elevado a escritura pública el traspaso de la concesión. Es entendido si que la explotación debe contraerse a los terrenos que eran baldíos en la fecha del contrato, esto es, el 6 de diciembre de 1905, de acuerdo con lo entonces estipulado. Se estipula como cláusula resolutoria del traspaso el hecho de que por cualquiera circunstancia imputable a la Compañía, salvo fuerza mayor o caso fortuito, no se fijare el límite oriental en el término de seis meses de que trata esa cláusula, quedando sin responsabilidad de ninguna clase el Gobierno'. La marcada con el 2º: 'Que la Compañía no adquiere con el traspaso de la concesión ningún derecho real sobre las minas de petróleo ni sobre el suelo o subsuelo en que se hallen, sino tan sólo el derecho de explotación de las fuentes ya descubiertas o que se descubran dentro de la zona que se delimite, y a título de arrendamiento'.—Tercero. El artículo 6º del contrato de 6 de diciembre de 1905 se aclarará así: 'El Gobierno se obliga a permitir la extracción de petróleo en los terrenos baldíos de la Nación el 6 de diciembre de 1905, situados dentro de la zona definitiva de la concesión, de acuerdo con lo resuelto en esta providencia, por cuenta del Concesionario o de quien sus derechos represente; y a no conceder igual permiso durante el tiempo del contrato para que otra persona o Compañía establezca trabajos de la misma naturaleza dentro de los terrenos dichos'.—Cuarto. En la escritura pública que se otorgue para el traspaso de la concesión, se insertarán las estipulaciones no modificadas del primitivo contrato y las aclaraciones y modificaciones que por esta Resolución y por la de 20 de junio último, se le han hecho y que han sido aceptadas por las partes.—Notifíquese, comuníquese y publíquese.—El Ministro (firmado), *Carmelo Arango*.—Poder Ejecutivo—Bogotá, agosto 25 de 1919.—Aprobada. (Firmado), Marco Fidel Suárez.—El Ministro de Obras Públicas (firmado), Carmelo Arango."

"Contrato de 1919.—Número mil trescientos veintinueve.—En la ciudad de Bogotá, Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, a veinticinco de agosto de mil novecientos diez y nueve, ante mí Agustín S. García, Notario Tercero de este Circuito y los testigos instrumentales, señores Guillermo Novoa e Israel Méndez M., varones, mayores de veintiún años, vecinos de esta ciudad, de buen crédito, y en quienes no existe impedimento legal, comparecieron el señor Roberto de Mares, varón mayor de edad y vecino de esta ciudad, en su propio nombre y como representante de la sociedad comercial en liquidación de 'Justo E. de la Espriella & Compañía'; el doctor Marcelino Uribe Arango, varón también mayor de edad y de este vecindario, como apoderado de The Tropical Oil Company, sociedad anónima organizada de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware de los Estados Unidos de América cuyos estatutos y escrituras de fundación han sido protocolizados y registrados debidamente en Colombia y el doctor Carmelo Arango, varón mayor de edad, de esta vecindad, Ministro de Obras Públicas, debidamente autorizado por el Excelentísimo señor Presidente de la República y en representación del Gobierno Nacional, a quienes conozco, dando fe del carácter oficial del último y dijeron: Primero. Que por contrato de seis de diciembre de mil novecientos cinco, celebrado entre el Gobierno Nacional y el señor Roberto de Mares, publicado en el *Diario Oficial* número doce mil quinientos ochenta y nueve, del siete de marzo de mil novecientos seis, el Gobierno otorgó al señor De Mares una concesión para explotar minas de petróleo en terrenos nacionales, en el Departamento de Santander, con facultad para traspasar el contrato a cualquiera persona o compañía, previo permiso del Gobierno.— Segundo. Que el señor De Mares y The Tropical Oil Company, en memoriales de nueve de abril del presente año solicitaron del Gobierno el correspondiente permiso para traspasar dicho contrato por el referido señor De Mares a la sociedad americana expresada.—Tercero. Que el Gobierno, por Resolución ejecutiva de veinte de junio último, publicada en el *Diario Oficial* número diez y seis mil ochocientos siete y diez y seis mil ocho-

cientos ocho, del tres de julio siguiente, convino en conceder el permiso solicitado siempre que la Compañía concesionaria aceptara expresamente las modificaciones indicadas en aquella Resolución.—Cuarto. Que el apoderado de The Tropical Oil Company, en memorial de diez y nueve de los corrientes, dirigido al Gobierno, ha manifestado aceptar las sobredichas modificaciones, con excepción de la primera y la parte conducente de la segunda, en cuanto reducen la zona de explotación concedida en el contrato, conviniendo en aclarar algunas otras de sus estipulaciones.—Quinto. Que en esa virtud, por Resolución del veintitrés del mes en curso, el Gobierno ha concedido al señor De Mares el permiso para traspasar a The Tropical Oil Company el contrato de concesión, 'sobre explotación de fuentes de petróleo en terrenos de propiedad de la Nación', del seis de diciembre de mil novecientos cinco.—Sexto. Que para dejar claramente establecidos los derechos y obligaciones del Gobierno y de la Compañía cesionaria, se insertan en seguida las estipulaciones vigentes del primitivo contrato, así como las modificaciones y aclaraciones que se le hacen, aceptadas por las partes: Primera. El Concesionario se compromete a organizar un Sindicato o Compañía, con capital suficiente para la explotación en grande escala de los pozos o fuentes de petróleo que se encuentren en los terrenos baldíos de la Nación, comprendidos dentro de los siguientes linderos: 'Desde la desembocadura del río Sogamoso en el río Magdalena, éste río aguas arriba hasta la desembocadura del río Carare; este río arriba hasta encontrar el pie de la Cordillera Oriental, y de aquí siguiendo por el pie de la dicha Cordillera hasta encontrar el río Sogamoso; y de este río aguas abajo hasta encontrar el primer lindero citado'. Los linderos que se dejan mencionados serán de hoy en adelante los fijados, pero el lindero oriental que une los ríos Sogamoso y Carare por el pie de la Cordillera Oriental deberá ser fijado de común acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y la Compañía denominada *The Tropical Oil Company* determinando puntos terminales sobre los mencionados ríos e intermedios si fuere necesario, para el trazado de la línea definitiva en el término de seis meses contados desde el día en que fuere elevado a escritura pública el traspaso de la concesión. Es entendido si que la explotación debe contraerse a los terrenos que eran baldíos en la fecha del contrato, esto es, el seis de diciembre de mil novecientos cinco, de acuerdo con lo entonces estipulado. Se estipula como cláusula resolutoria del traspaso el hecho de que por cualquier circunstancia imputable a la Compañía, salvo fuerza mayor o caso fortuito, no se fijare el límite oriental en el término de seis meses de que trata esta cláusula, quedando sin responsabilidad de ninguna clase el Gobierno. Segunda. La Compañía se obliga a establecer dentro de los límites de la concesión y en el curso de dos años contados desde la aprobación del traspaso, una refinería de capacidad suficiente para atender al consumo del país, y se obliga a vender en todo tiempo, en el lugar de producción el petróleo crudo y los productos de la refinería a precios que no excedan de aquellos que tengan el petróleo crudo y los mismos productos en la ciudad de Nueva York. Tercera. Una vez halladas las fuentes de petróleo de capacidad suficiente para su explotación comercial, se procederá, a más tardar dentro de un año, a organizar dicha explotación, la que luégo no podrá suspenderse sin el consentimiento del Gobierno y que en caso de que la explotación no sea completa o de que se suspendan los trabajos sin justo motivo y sin la previa aprobación del Gobierno por seis meses, caducará la concesión. Cuarta.—El presente contrato durará por el término de treinta años, que empezarán a contarse desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación.—Quinta. El tanto por ciento que se pague a la Nación por la Compañía cesionaria, como precio del arrendamiento, será el diez por ciento (10%) del producto bruto que se explote, extraído de las minas, pagadero en dicho producto o en su equivalente en los distintos productos que se obtengan de la empresa, o en dinero, por el precio de venta en el lugar de producción de dichos productos o en la refinería a voluntad del Gobierno, y por semestres vencidos. Para calcular el producto bruto extraído, se deduce el petróleo crudo que la empresa consuma en la misma explotación y beneficio. Para el efecto de la liquidación del porcentaje, el Gobierno, por medio de un agente o comisionado especial, podrá examinar las cuentas de la empresa.—Parágrafo. La Contabilidad de la empresa deberá llevarse dentro del país y de acuerdo con el Código de Comercio Colombiano.—Sexta. La Compañía se compromete a emplear en la explotación métodos y sistemas científicos que aseguren tanto la eficacia de la misma explotación como la vida de los trabajadores contra los diversos accidentes, derrumbes, explosiones, etcétera, que suelen acaecer en esta clase de empresas; y a fin de garantizar esta doble obligación, el Gobierno, cuando lo estime conveniente, podrá ejercer la supervigilancia necesaria.—Séptima. La Compañía renuncia a las tierras baldías de que trata el artículo noveno del contrato de mil novecientos cinco, pero el Gobierno le reconoce el derecho de construir en los terrenos baldíos de la con-

cesión, todos los edificios y obras necesarias para la explotación del petróleo, así como también el derecho de tender y beneficiar *oleoductos* en los demás terrenos baldíos o de propiedad de la Nación, que fuere necesario ocupar para llegar a un puerto fluvial o marítimo. Asímismo le reconoce el derecho para la construcción de muelles, etcétera, necesarios para el beneficio de la empresa.—Octava. El Gobierno se obliga a permitir la extracción de petróleo en los terrenos que eran baldíos de la Nación el seis de diciembre de mil novecientos cinco, situados dentro de la zona definitiva de la concesión, de acuerdo con lo resuelto el veintitrés de los corrientes por cuenta del concesionario o de quien sus derechos represente; y a no conceder igual permiso durante el tiempo del contrato para que otra persona o compañía establezca trabajos de la misma naturaleza dentro de los terrenos dichos.—Novena. Para todos los efectos legales se declara de utilidad pública la explotación a que se refiere este contrato, y en tal virtud el Concesionario gozará de todos los derechos y acciones que conceden las leyes a las empresas de esta clase.—Décima. El Gobierno se compromete a no gravar con derechos de exportación ni otros el petróleo que se extraiga en virtud del presente contrato.—Undécima. Tanto la Compañía cesionaria como los trabajos de explotación quedan sometidos a la inspección y vigilancia del Gobierno por los medios adecuados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la Compañía y la efectividad de los derechos de la Nación.—Duodécima. En el caso de otorgar una prórroga, se pactarán oportunamente entre el Gobierno y la Compañía cesionaria los términos y obligaciones de ella, y se someterán a la aprobación del Congreso.—Décimatercera. Las concesiones a que se refiere el presente contrato, es entendido que se otorgan en cuanto no hieran intereses de terceros o derechos ya adquiridos. Décimacuarta. La Compañía no adquiere con el traspaso de la concesión ningún derecho real sobre las minas de petróleo ni sobre el suelo o el subsuelo en que se hallen, sino tan sólo el derecho de explotación de las fuentes ya descubiertas o que se descubran dentro de la zona que se delimite, y a título de arrendamiento.—Décimaquinta. La Compañía queda obligada a asegurar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que contrae, con una fianza o caución a satisfacción del Consejo de Ministros, y constituída dentro de los tres meses siguientes a la fecha de esta escritura, por la suma de diez mil pesos ($ 10.000).—Décimasexta. Se estipula como cláusula penal pecuniaria para el caso de que la Compañía faltare al cumplimiento del contrato por su culpa la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000).—Décimaséptima. Este contrato quedará caducado de hecho y así podrá declararlo administrativamente el Gobierno, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobado, si la Compañía dejare de cumplir cualquiera de las obligaciones estipuladas, y en caso de caducidad quedarán de hecho del Gobierno el valor de la fianza y de la multa estipulada. Es también causal de caducidad de este contrato la quiebra de la Compañía judicialmente declarada.—Décimaoctava. Se insertan en seguida los artículos cuarenta y dos y cuarenta y tres del Código Fiscal a los cuales se somete expresamente la Compañía: 'Artículo 42. Los contratos celebrados en Colombia con personas extranjeras se sujetan a la ley colombiana y a la jurisdicción de los Tribunales Nacionales. En todos los contratos de esta especie debe constar que el extranjero renuncia a intentar reclamación diplomática en lo tocante a los deberes y derechos originados del contrato, salvo en el caso de denegación de justicia. No se entiende que hay denegación de justicia cuando el Contratista ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que, conforme a las leyes colombianas, pueden emplearse ante el Poder Judicial'. 'Artículo 43. El Gobierno no puede aceptar el traspaso de un contrato o de una concesión a una persona extranjera, si ésta no manifiesta expresamente que se somete a lo dispuesto en el artículo anterior'.—Décimanovena. En caso de que este contrato se declare caducado por falta de cumplimiento de las obligaciones de la Compañía o de quien sus derechos represente, ésta no tendrá derecho a indemnización alguna por parte del Gobierno, con motivo de las estipulaciones de este contrato.—Vigésima. Tampoco tendrá derecho la Compañía a demandar o exigir del Gobierno indemnización alguna por razón de pleitos que puedan surgir a causa de derechos de terceros.—Vigésimaprimera. La Compañía cesionaria acepta en general todas las demás condiciones exigidas por las leyes y las especificadas en el Decreto número cuatrocientos treinta y cinco de mil novecientos diez y seis, y el modelo de póliza, publicados en el *Diario Oficial* número quince mil setecientos cuarenta de diez de marzo del mismo año, en cuanto no fueren incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las anteriores estipulaciones.—Vigésimasegunda. El contrato a que se refiere el presente instrumento no puede ser traspasado sin permiso previo del Gobierno. Presentes los señores Roberto de Mares, Marcelino Uribe Arango y Carmelo Arango con el carácter expresado al principio de este instrumento, manifiestan que aceptan las anteriores estipulacio-

nes. .....Leído este instrumento a los otorgantes y advertidos de la formalidad del registro, lo aprobaron y firman con los testigos mencionados y por ante mí, que doy fe. (Firmados), *Roberto de Mares, Marcelino Uribe Arango, Carmelo Arango M.* Testigos: Guillermo Novoa, Israel Méndez M.—El Notario Tercero (firmado), Agustín S. García."

Resolución ejecutiva de 13 de junio de 1921.

"Resolución ejecutiva por la cual se concede una prórroga.—El Presidente de la República, en uso de sus atribuciones legales y *considerando:* Que el señor doctor Marcelino Uribe Arango, como apoderado de la Compañía denominada 'The Tropical Oil Company' solicitó, en memorial fechado el 25 de abril último, que se prorrogara por un año más el plazo fijado a dicha Compañía en la cláusula segunda del contrato de traspaso de la Concesión de Mares hecha a su favor, para establecer una refinería de petróleo de capacidad suficiente para atender al consumo del país; Que dicho señor funda su pedimento en que, debido a la anormalidad de los tiempos y a la deficiencia de los transportes, la Compañía no ha podido acopiar oportunamente todos los elementos necesarios para el desarrollo de la Empresa, no obstante los ingentes gastos que ha hecho con tal objeto; en que perdió importantes piezas para el funcionamiento de algunas máquinas por haberse hundido varias lanchas en el río Magdalena, y en que la Compañía ha tropezado con dificultades para obtener en venta o permuta un pequeño lote para levantar la fábrica de latas y envase; Que sometido el asunto al estudio del honorable Consejo de Ministros, éste aprobó las siguiente proposición con fecha 20 de mayo último: 'El Consejo de Ministros es de concepto que el Ministro de Obras Públicas puede tomar en consideración el memorial del señor apoderado de The Tropical Oil Company, y si hallare fundadas las razones en que éste se apoya y comprobadas las dificultades que se consideren como constitutivas de fuerza mayor, puede el Gobierno hacer la declaración que se solicita, *siempre que se entienda que ella no envuelve prórroga del término por el cual se ha otorgado la concesión;* Que la Compañía ha comprobado con declaraciones de testigos honorables que hay en Barranquilla y Cartagena enormes cantidades de material de la Tropical Oil Company, destinadas a Barrancabermeja, material cuya movilización ha sido imposible hacer con actividad, debido a que los medios de transporte del país son deficientes; que el acarreo de ese material que es de seis a siete mil toneladas, demanda un tiempo de consideración debido a las dificultades, a los turnos y a la escasez de buques, y que la demora en dicho transporte no proviene de hecho o culpa de la Compañía; Que al Gobierno le consta la existencia de aquellas dificultades y demoras en los transportes, hasta tal punto que no le ha sido posible al Ministerio de Obras Públicas, a pesar de activas y constantes gestiones, obtener el acarreo a esta ciudad de rieles, maquinaria y otros elementos para las obras públicas, que están en Calamar hace más de seis meses; Que le consta también al Gobierno las dificultades con que la Compañía ha tropezado para adquirir en Barrancabermeja *un lote de terreno necesario para el montaje de una de las dependencias de la refinería;* Que el Gobierno tiene también informes fidedignos acerca de la actividad y diligencia con que la Compañía está procediendo para establecer la explotación definitiva de esa empresa; Que hay antecedentes en el Gobierno acerca de la suspensión de términos en concesiones de interés público por hechos manifiestos de fuerza mayor o caso fortuito; y Que conviene señalar con precisión la fecha desde la cual empieza a correr la concesión que hoy tiene aquella Compañía, *resuelve:* 1º Declarar, como en efecto declara, suspendido por un término no mayor de un año el plazo que debía vencerse el 25 de agosto del año en curso para que la Compañía denominada 'The Tropical Oil Company' *cumpla con la obligación de establecer dentro* de los límites de su concesión, una refinería de capacidad suficiente para atender al consumo del país; 2º Declarar asimismo que esta suspensión de términos, motivada por los hechos que se dejan apuntados, no envuelve prórroga del término por el cual se ha otorgado la concesión, es decir, que este término correrá desde la fecha en que hubiera debido empezar a contarse si dicha suspensión no hubiera tenido efecto; 3º Declarar igualmente que el término de duración de la concesión, que según la cláusula cuarta del contrato de traspaso es de treinta años, contados desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación, empezará a contarse desde el 25 de agosto del año en curso, fecha en que debió empezarse tal explotación, y 4º La presente Resolución no tendrá efecto alguno sin que sea aceptada por la Compañía en todas sus partes.—Comuníquese y publíquese.—Dada en Bogotá a 13 de junio de 1921.—(Firmado), *Marco Fidel Suárez.*—El Ministro de Obras Públicas (firmado), *Esteban Jaramillo.*"

—

En presencia de los documentos que acaban de ser transcritos, parece obvio que en el contrato de 1919 se aceptaron modificaciones sus-

tanciales al contrato primitivo (1905), y que, en general, esas modificaciones fueron autorizadas principalmente por la Resolución presidencial de 20 de junio de 1919, según la transcripción de ella antes hecha en esta sentencia, Resolución que expresamente exigió para aprobar el traspaso el que "por la Compañía cesionaria se acepten expresamente las siguientes modificaciones fundamentales al contrato de 1905."

De manera que sentada esta base, ha llegado el momento de definir el punto de la controversia sobre la época de la expiración de la concesión.

A este propósito interesa observar que ya fue copiado antes el *memorándum* del doctor Esteban Jaramillo, memorándum que tanto hubo de influir como determinante de la iniciación del presente litigio, mas que es absolutamente necesario hacer aquí en seguida la transcripción, para la perfecta comprensión de la materia discutida, de las siguientes piezas que obran en el proceso:

a) Del acta de 14 de junio de 1916;

b) De las partes más importantes de las declaraciones rendidas bajo juramento en este proceso por el doctor Esteban Jaramillo, con fecha once de agosto de 1941, una de ellas a petición de la parte demandante y la otra a petición de la demandada.

Tales documentos dicen textualmente así:

a) *"Acta levantada el 14 de junio de 1916.*

"En la mina de petróleo denominada *Infanta,* situada en la confluencia de los ríos 'La Colorada' y 'Oponcito', sobre la margen derecha, bajando de dicho río 'La Colorada', sitio correspondiente al Corregimiento de Barrancabermeja, Municipio de San Vicente de Chucurí, provincia de Zapatoca, Departamento de Santander, presentes los suscritos, a saber: Luis Francisco Pinilla, Inspector de Policía de Barrancabermeja, Cupertino Jiménez, Secretario *ad hoc* designado por el Inspector, Honorio A. Campo, representante del señor Roberto de Mares; Juan Pablo Jiménez, Administrador de los trabajos de explotación de las minas, y los testigos señores Justo Pastor Mejía, José María Jiménez C. y Cerbeleón Machuca, todos mayores de edad, vecinos de este Municipio, personas de buen crédito, conocidas por la autoridad que interviene en esta diligencia, se procedió a visitar los trabajos de explotación ejecutados en estas minas por cuenta del señor Roberto de Mares, concesionario de los terrenos baldíos que contengan fuentes de petróleo comprendidos dentro de los linderos que señala el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el referido señor De Mares, de fecha 28 de noviembre de 1905, publicado en el *Diario Oficial* número 12589 correspondiente al 7 de marzo de 1906, para los efectos que estipula el mismo contrato, estando estas minas comprendidas dentro de tales linderos y siendo baldíos los terrenos en que han sido descubiertas, según es público y notorio en esta región, de lo cual damos fe los suscritos. Vimos y recorrimos, en primer término, los trabajos de limpieza, desmonte y desempalizada ejecutados en el cauce del río 'La Colorada', para facilitar la navegación y la entrada de maquinarias, útiles, elementos, hombres, víveres, etc., desde la desembocadura de este río en el 'Opón' hasta las minas, o sea en un trayecto aproximado de seis leguas, por ser la vía practicable, habiendo quedado con estos trabajos suficientemente expedita dicha vía y continuándose en el perfeccionamiento de esta obra a juzgar por la cuadrilla de trabajadores que encontramos ocupada en ella. Recorrimos el camino, ejecutado con esmero, de mil metros, aproximadamente, de longitud, y tres metros de anchura, abierto por la empresa desde la ribera del río hasta la mina 'Infanta', y tomamos nota de las trochas abiertas para continuar el camino hacia la mina 'San Antonio'. Existe una extensión aproximada de cinco hectáreas de desmonte alrededor de la mina 'Infanta' y sobre el puerto del río, y dentro de ella hay construidas una casa pajiza de diez metros de frente, otra de quince metros y dos de ocho metros, con suficiente albergue para el personal y los trabajadores actuales de las minas. En 'San Antonio', según informe fidedigno, hay construída una casa de diez metros de frente. *Hallamos en la mina de 'Infanta' entre varios intentos o sondeos, un pozo o perforación profunda sobre el terreno,* que revela trabajo perseverante y costoso, del fondo del cual se está ya extrayendo petróleo crudo, cuya cantidad va en aumento a medida que se profundiza la excavación. Vimos y examinamos el líquido que ha sido extraído, y para mayor certidumbre hicimos extraer una cantidad en nuestra presencia lo examinamos, hallándole el olor, color, sabor y demás condiciones del petróleo crudo, y finalmente, sabiendo que las lámparas de los campamentos están alimentadas con el aceite extraído de aquí, hicimos la prueba práctica, empapando una mecha de hilo con él, y obtuvimos luz clara, fuerte y durable al aplicar un fósforo en la mecha, exactamente como sucede con el petróleo ya refinado. De este líquido hemos envasado una porción en una botella que queda cerrada y sellada por el suscrito Inspector, con destino al Ministerio de Obras Públicas. Se procedió por el ingeniero técnico de esta sección de los trabajos a practicar un barreno, para lo cual se armó la torre con los aparatos traídos

del Exterior entre las maquinarias vendidas para el efecto, y puesto a funcionar el barreno, cuya fotografía se tomó, se obtuvo al perforar perpendicularmente que vertiera por la perforación el líquido de que ya se hizo mención. Habiendo llegado, además, el día doce del presente mes, al puerto de Barrancabermeja, situado dentro de los límites de la concesión, el vapor 'San Marco', con ciento noventa y pico de toneladas de maquinarias cuya relación de manifiesto de sobordo se acompaña a esta acta en copia autorizada y certificada por la Inspección con destino al señor Ministro de Obras Públicas, la cual maquinaria tomó ayer el camino de esta mina a bordo del mismo buque, debiendo remontar para ello el río 'La Colorada'; y encontrando, como encontramos, que los elementos, maquinarias de gran valor y laboriosas obras de que se deja hecha mención son los necesarios para acometer formalmente la explotación del petróleo, en presencia de todos los circunstantes, y por ante el suscrito Inspector, en el nombre de Dios Todopoderoso y en el de la República de Colombia, se declararon inaugurados oficial y formalmente los trabajos de explotación de las fuentes de petróleo comprendidas dentro de la mina 'Infanta' por cuenta y orden del señor Roberto de Mares, dando así cumplimiento a lo que estipula el contrato que regula dicha concesión, dentro de los términos fijados en él y en las resoluciones que sobre el referido contrato se han dictado por el Gobierno. Se deja constancia de que, según informes fidedignos dados a los suscritos, los trabajos de explotación en las fuentes de petróleo que existen en la mina 'San Antonio', dentro de la misma concesión, han sido también acometidos formalmente. Como propiedad de la empresa existen herramientas y útiles suficientes, una lancha con motor de gasolina capaz para veinte pasajeros y sus equipajes, varias canoas y un motor de gasolina 'Evinruding', adaptable a la popa de las canoas. Entre los trabajadores y entre todos los habitantes de la región hay inmenso contento y entusiasmo por esta empresa, que ha venido a traer trabajo permanente y bien remunerado para los hombres de acción, y que promete desarrollar en progresión incalculable la riqueza de este elemento tan valioso, que sin la energía y el perseverante esfuerzo que esta empresa ha puesto a su servicio, continuaría escondido en las entrañas de la tierra sin beneficiar a nadie. Para constancia, firmamos la presente acta, en cuatro ejemplares de un mismo tenor, las personas que en esta diligencia hemos intervenido, el catorce de junio de mil novecientos diez y seis. (Firmados): Luis Fco. Pinilla D., Honorio A. Campos S., Juan F. Jiménez, Justo P. Mejía, José María Jiménez C. Por Cerbeleón Machuca, que no sabe, firmo yo, Andrés Guerra P.—El Secretario ad hoc, Cupertino Jiménez.—En Barrancabermeja, a 15 de junio de 1916, los suscritos ingenieros encargados de la conducción y montaje de la maquinaria destinada a la explotación de las petroleras a que hace referencia la anteriar acta, la firmamos también para certificar cuanto se refiera a dicha maquinaria. (Firmado), W. H. Davies, Civil y Sanitary Engineer. (Firmado), Jos A. Poff. (Firmado), Cindy Dahlman."

b) *"Declaraciones del doctor Esteban Jaramillo:*

"La declaración del doctor Jaramillo, que fue rendida a solicitud de la parte demandante, dice en lo pertinente, textualmente así:

"Entre mis papeles he encontrado un memorándum sin firma y sin fecha y sin expresión de la persona a quien fue dirigido, cuya autenticidad reconozco como dictado por mí, y tengo un vago recuerdo de que fue enviado al doctor Carlos Arango Vélez no sé si con carácter particular u oficial. En este memorándum, como se verá en seguida, aparecen textualmente los apartes copiados por el señor Procurador en su último memorial de pruebas. Para mayor claridad y para lo que más adelante expondré, doy a continuación el texto íntegro del expresado memorándum, que dice:

(Aquí el memorándum transcrito antes en este fallo).

"Creo conveniente llamar la atención al hecho de que probablemente el señor Ministro de Obras Públicas, doctor Carmelo Arango, que celebró el contrato de traspaso de la concesión, o no tuvo, como no tuve yo, conocimiento de la referida acta, o si lo tuvo no la consideró como constancia del principio de una verdadera explotación de petróleo, pues de lo contrario habría estipulado como fecha inicial del término de la concesión la del acta mencionada y no una fecha futura subordinada al hallazgo de "fuentes de petróleo de capacidad suficiente para su explotación comercial".

La declaración del doctor Jaramillo, que fue rendida a solicitud de la parte demandada, dice así:

"En Bogotá, a once de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, presente en el despacho de la Secretaría de la Sala Plena en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, el señor doctor Esteban Jaramillo, con el objeto de rendir la declaración solicitada por el señor doctor Eduardo Esguerra Serrano, apoderado de la Tropical Oil Company, en el juicio de la Nación contra esa Compañía, el señor Magistrado por ante el Se-

cretario de la Sala, le tomó la promesa formal y juramentada de decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, sobre los hechos que se le van a preguntar.

"a) Soy mayor de edad, vecino de Bogotá y sin generales de la ley con el doctor Eduardo Esguerra Serrano, y con los representantes, gerentes y abogados de la Tropical Oil Company.

"b) Estas razones fueron las siguientes: siendo yo Ministro de Obras Públicas en mil novecientos veintiuno, hallé que en el contrato de veinticinco de agosto de mil novecientos diez y nueve, sobre aceptación de traspaso de la llamada Concesión De Mares, se habían hecho las estipulaciones que aparecen copiadas en el memorándum a que se refiere mi declaración en las pruebas pedidas por el señor Procurador Delegado en lo Civil, según las cuales la Compañía se obliga a establecer una refinería en el término de dos años y a organizar la explotación dentro de un año después de halladas las fuentes de petróleo de capacidad suficiente para una explotación comercial, y se fijaba como término de la concesión el de treinta años que empezarían a contarse desde la fecha en que se diera principio a los trabajos de explotación, todo, pues, para un futuro más o menos cercano. La deficiencia de esas estipulaciones en las que no se definía lo que debiera entenderse por dar principio a los trabajos de explotación, y en las que se hallaba en una parte de explotación simplemente y en otra de explotación comercial, y la experiencia de las dificultades ocasionadas otras veces por la falta de precisión en la fecha inicial de algunos términos en negocios del Estado, me hicieron pensar que era de imperiosa necesidad señalar sin lugar a duda y con el asentimiento de la Compañía, el punto de partida de la mencionada concesión. Se trataba, pues, como lo dijo el Procurador doctor Hernán Copete, de "transformar en día cierto y determinado, lo que en el contrato de mil novecientos diez y nueve era indeterminado e incierto". Para ello se tuvo en cuenta que, según la cláusula segunda de dicho contrato, la Compañía estaba obligada a establecer dentro de los límites de la concesión y en el curso de dos años contados desde la aprobación del traspaso, una refinería de capacidad suficiente para atender al consumo del país, término que debía expirar el veinticinco de agosto de mil novecientos veintiuno. Esta fecha se tomó como punto de partida de la duración de la concesión, sin tener en cuenta la prórroga que por motivos de fuerza mayor hubo que otorgarle a la empresa para terminar la refinería. El montaje y funcionamiento de tal refinería sí podía considerarse como un principio de explotación comercial, pues daba productos transformados para la venta en el país, y se conjuraba el peligro de que algún día pudieran los concesionarios pretender que la concesión comenzaba a contarse desde una fecha posterior, como la del establecimiento de un oleoducto para la exportación del petróleo.

"Como se ve, dentro de las estipulaciones del contrato de mil novecientos diez y nueve, esta decisión es inobjetable. Pero el acta de mil novecientos diez y seis, de que, repito, no tuve el menor conocimiento, y que si la hubiera conocido habría dado lugar a que de una vez se definiera su alcance tratando el asunto con la Compañía, esa acta ha traído un inesperado motivo de incertidumbre respecto del vencimiento del término de la concesión. Pero creo que la Resolución dictada por mí en el año veintiuno en ningún caso causa perjuicio a la Nación y sí puede serle útil, porque si el acta de mil novecientos diez y seis tiene completo mérito como constancia de un principio de verdadera explotación, ni el contrato de diez y nueve ni la Resolución de veintiuno pueden modificar el hecho cumplido de que la concesión había empezado a correr desde la fecha de esa acta; y si ésta no tiene este mérito, entonces la Resolución es útil, pues habiéndose adoptado con la aquiescencia de la Compañía, previene el peligro de que ésta pueda pretender que la explotación sólo empezó cuando se dio al servicio el oleoducto en mil novecientos veintiséis, es decir, cinco años después de dictada aquella Resolución.

"c) En mi concepto, para apreciar el valor de la referida acta y saber si los trabajos de que ella da cuenta servían para cumplir la obligación que tenía el concesionario de empezar los trabajos de explotación en un término perentorio, que después fue prorrogado, es indispensable definir previamente lo que se entiende por explotación de yacimientos de hidrocarburos. Si por tal explotación se entiende la simple extracción del petróleo en cualquier cantidad por pequeña que sea, y sin consideración ninguna a las posibilidades comerciales de la empresa, no cabe duda, en mi sentir, de que el acto revelaba un principio de los trabajos de explotación que el concesionario debía llevar a cabo y que servían de punto de partida para fijar el término de duración del contrato. Mas si por explotación se entiende no ya la simple extracción (de una simple extracción) de una pequeña cantidad de petróleo sin tener en cuenta fines comerciales, sino, como lo dijo más tarde el contrato de traspaso, el aprovechamiento de "fuentes de petróleo de capacidad suficiente para la explotación comercial", entonces los trabajos de que da cuenta el acta no constituían un principio de ex-

plotación, puesto que la cantidad extraída, por lo exigua, no tenía posibilidades comerciales, y la capacidad productiva de las fuentes de petróleo no se conocía ni podía conocerse con perforaciones tan poco profundas como las que se expresan en el acta. En esto radica el punto cardinal de este litigio: en saber si el acta de San Vicente revelaba o nó un verdadero principio de explotación. En el primer supuesto, el acta es inobjetable como punto de partida del plazo de la concesión; en el segundo, no puede servir para ese objeto. Desgraciadamente, cuando esa acta se extendió en mil novecientos diez y seis, la industria de los hidrocarburos en Colombia se hallaba en la infancia, y prácticamente nadie sabía qué debía entenderse por explotación de yacimientos de petróleo. Hoy se tienen ya en la legislación y en la práctica normas bastante claras a ese respecto, pero hasta dónde pueden aplicarse esas normas para interpretar actos y contratos ocurridos y celebrados mucho antes de que existieran en Colombia la industria y la legislación de petróleos? Probablemente habría que buscar, como base de ilustración, las normas y prácticas de otros países, donde la industria de hidrocarburos había alcanzado ya en aquellas épocas un considerable desarrollo.

"En todo caso, la Corte, al fallar este litigio, podrá sentar un principio de jurisprudencia de la mayor importancia para el porvenir de aquella industria en Colombia.

"A la pregunta del señor Procurador Delegado en lo Civil, dijo: Ya está contestada en la respuesta al primer memorial de pruebas de dicho alto funcionario.

"Leída esta declaración, el declarante la aprobó y se firma para constancia por los que en ella intervinieron. (Firmados), *Juan A. Donado V., Esteban Jaramillo.—Pedro León Rincón,* (Secretario)."

Cumple observar de manera especial, en relación con esta declaración rendida por el doctor Jaramillo a solicitud de la parte demandante que en ella expresamente se declara en juicio y bajo juramento que al firmar la Resolución de 1921 no tenía conocimiento del acta de San Vicente (1916) "y que si la hubiera conocido el declarante, habría dado lugar a que de una vez se definiera su alcance tratando el asunto con la Compañía", lo cual notoriamente modifica lo expuesto informalmente por el declarante en el *memorándum* acerca de este punto concreto.

Y ahora ocurre preguntar: ¿Puede admitirse que, a la luz del contrato de 1905, la explotación a la cual ese contrato se refiere de los yacimientos de petróleo empezó en la fecha del acta de San Vicente?

A este propósito y con respecto al contrato de 1919, dice el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato presentado ante la Corte:

"El contrato de traspaso.

"El contrato de 25 de agosto de 1919, celebrado entre el señor Roberto de Mares, la Tropical Oil Company y el Gobierno Nacional, fue de *traspaso* de la concesión otorgada por el contrato de 6 de diciembre de 1905, con las *modificaciones* convenidas entre el Gobierno y la Compañía cesionaria. Así se expresa en las cinco primeras cláusulas del mencionado contrato tripartita, concebidas en los siguientes términos:.."

Las copia aquí el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Después de la transcripción de dichas cinco cláusulas del contrato de 25 de agosto de 1919, que íntegramente fueron ya transcritas también en este fallo, agrega el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"En perfecta armonía con lo anterior, la cláusula 6ª deja ver de la manera más clara que los artículos no modificados ni suprimidos del contrato de 1905 fueron *trasladados* al contrato de 1919, no como estipulaciones nuevas originadas en este último, sino como parte integrante del contrato traspasado o cedido. Si así no hubiera sido, no habría habido traspaso o cesión de un contrato preexistente, sino celebración de un nuevo contrato, independiente del primero, entre el Gobierno y la Tropical, previa *renuncia* de la concesión por el señor De Mares, aceptada por el Gobierno. Dice al efecto la cláusula 6ª del contrato de traspaso:

'Sexta. Que para dejar claramente establecidos los derechos y obligaciones del Gobierno y de la Compañía cesionaria, se insertan en seguida las estipulaciones vigentes del primitivo contrato, así como las modificaciones y aclaraciones que se le hacen, aceptadas por las partes...."

No puede compartir la Corte la conclusión a la cual llega el señor Procurador. Es cierto que el contrato ha sido denominado de traspaso, pero además de traspaso es un contrato adicional y modificativo del anterior. El haber tenido como origen y razón de ser el primitivo contrato de 1905, y el constituir un traspaso de éste no le quita el carácter de contrato modificativo y adicional del expresado de 1905.

Es modificativo y adicional en lo tocante *al fondo* no sólo por cuanto, como aparece de sus propios términos, se modificaron estipulaciones básicas del contrato primitivo de 1905 por otras diversas a ellas, sino por cuanto, en el segundo, existen cláusulas adicionales al primero, las cuales son, manifiestamente, de gran entidad y trascendencia.

Y aparece como contrato nuevo en cuanto *a la forma*, según resulta especialmente de la propia cláusula 6ª preliminar del contrato en referencia, que antes se copió, y que, como es obvio, es cláusula que indica el que se trata de un contrato completo, y autónomo dentro del contenido de sus estipulaciones propias.

Significa, en efecto, esta cláusula 6ª y a juicio de la Corte que, para conocer lo pactado entre la Nación, el señor De Mares y la Tropical Oil Company y lo que habrá de regir en lo sucesivo sus relaciones jurídicas, basta consultar lo que está expresa y claramente consignado en las voces propias de ese contrato del año de mil novecientos diez y nueve (1919) y sin tener que recurrir a otros documentos extrínsecos al contenido de sus estipulaciones mismas.

Dicha autarquía del contrato a la cual está vinculado desde luégo el crédito de terceros, que de buena fe y en sana prudencia pueden atenerse a sus términos mismos en sus relaciones jurídicas con las partes contratantes, indudablemente no tiene sino una restricción y es la que emana de la cláusula 21ª, de la cual se tratará extensamente en la parte final de este fallo, cláusula que dice así:

"La Compañía cesionaria acepta en general todas las demás condiciones exigidas por la ley y las especificadas en el Decreto número cuatrocientos treinta y cinco de mil novecientos diez y seis, y el modelo de la póliza, publicado en el *Diario Oficial* quince mil setecientos cuarenta de dos de marzo del mismo año, en cuanto no fueren incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las anteriores estipulaciones."

Se presenta así como incontrovertible el aserto de que, para poder determinar si el contenido del Decreto 435 y el modelo de póliza a que se refiere la cláusula 21ª que se acaba de copiar, tomada del contrato de 1919, pugnan o nó con el contrato de 1905, debe necesariamente consultarse este contrato del año de 1905.

Pero aparte del caso mencionado no hay lugar a consultar necesariamente el contrato de 1905 para fijar el alcance del contrato de 1919. No hay, en efecto, otra estipulación del contrato de 1919 que justifique el tener que acudir al contrato primitivo.

—

Ahora bien: el señor Procurador Delegado dice en su alegato, y según se vio antes, que la cláusula 2ª del contrato primitivo fue literalmente trasladada y sin modificación alguna, de ese primitivo contrato al contrato nuevo, y que constituye en éste la cláusula cuarta.

Se observa a este efecto que el artículo 2º del contrato primitivo rezaba así:

"El presente contrato durará por el término de treinta años, que empezarán a contarse desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación."

Por su parte, la cláusula *cuarta* del nuevo contrato reza lo siguiente:

"El presente contrato durará por el término de treinta años que empezarán a contarse desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación."

De esta identidad literal deduce el señor Procurador Delegado en lo Civil que, literalmente trasladada la cláusula transcrita del contrato primitivo al nuevo contrato, conserva en este último el valor preciso que tenía en aquél, con el significado de que la explotación empezó desde el año de 1916, es decir, la explotación de que habla el acta de San Vicente antes copiada en este fallo.

Teniendo en cuenta el propósito de la Corte de procurar llegar a una clara demostración de los fundamentos jurídicos que servirán a la solución de este litigio, se estima aconsejable transcribir en seguida de nuevo las cláusulas primeras del contrato de 1905 y también las del contrato de 1919, con el objeto de compararlas, de manera adecuada y directa.

"Contrato de 1905.

"Artículo 1º El concesionario se compromete a organizar un Sindicato o Compañía con capital suficiente para la explotación en grande escala de los pozos o fuentes de petróleo que se encuentran en los terrenos baldíos de la Nación comprendidos dentro de los siguientes linderos": (Aquí ellos).

"Artículo 2º El presente contrato durará por el término de treinta años que empezarán a contarse desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación."

"Artículo 3º El Concesionario se compromete a emplear el capital de que trata el artículo 1º en la extracción de petróleo crudo, en refinarlo y separar sus componentes, dándolo al consumo del país a un precio que permita hacer la competencia al que se importa de Europa o los Estados Unidos."

"Contrato de 1919.

"Primera. El Concesionario se compromete a organizar un Sindicato o Compañía con capital suficiente para la explotación en grande escala de los pozos o fuentes de petróleo que se encuentran en los terrenos baldíos de la Nación, comprendidos dentro de los siguientes linderos": (Aquí ellos).

"Segunda. La Compañía se obliga a establecer dentro de los límites de la concesión y en el curso de dos años contados desde la aprobación del traspaso una refinería de capacidad suficiente para atender al consumo del país, y se obliga a vender en todo tiempo, en el lugar de producción el petróleo crudo y los productos de la refinería a precios que no excedan de aquéllos que tengan el petróleo crudo y los mismos productos en la ciudad de Nueva York."

"Tercera. Una vez halladas las fuentes de petróleo de capacidad suficiente para su explotación comercial, se procederá a más tardar dentro de un año a organizar dicha explotación, la que luégo no podrá suspenderse sin el consentimiento del Gobierno, y que en caso de que la explotación no sea completa o de que se suspendan los trabajos sin justo motivo y sin la previa aprobación del Gobierno por seis meses caducará la concesión."

"Cuarta. El presente contrato durará por el término de treinta años que empezarán a contarse desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación."

Quien lea estas cláusulas del contrato de 1919 tendrá forzosamente que convenir que todas ellas se refieren al futuro; toda explotación se da allí por venidera, no por pretérita.

Pero se dice entonces: No; la explotación a la cual se refieren las cláusulas 1ª, 2ª, 3ª y 4ª transcritas del contrato de 1919, es una explotación que ya había empezado desde el año de 1916, según aparece del acta de San Vicente de Chucurí que, en su integridad, fue transcrita antes en el presente fallo.

Es obvio que si el contrato de 1919 hubiera indicado en su cláusula 4ª que el término de la duración de ese mismo contrato, es decir, del contrato de 1919, sería el de treinta años a partir de algún momento anterior a su celebración misma, tendría evidentemente razón la parte demandante, mas en realidad de verdad ese contrato no miró, en materia de término para la explotación allí prevista, al pasado sino que miró a un lapso que había de tener su desarrollo en el futuro como se demostrará a continuación.

La concordancia literal entre la cláusula 2ª del contrato de 1905 y la cláusula 4ª del contrato de 1919 no puede cambiar la naturaleza de las cosas.

Y es que en realidad de verdad el contrato de 1919, aunque de traspaso, no deja de ser, aun en materia de términos, un contrato modificativo y adicional del de 1905 y no, en manera alguna, un simple acto de traspaso incondicional del primitivo, según habrá de quedar establecido con el siguiente estudio comparativo de los dos contratos:

Consta el contrato de 1905 de catorce (14) artículos o cláusulas. Hecho el estudio comparativo del caso con el contrato de 1919, que como ya se sabe consta de veintidós (22) cláusulas, aparte de las preliminares que figuran en la introducción del mismo, se llega a las siguientes conclusiones:

El contrato de 1905, en su artículo *primero*, coincide en general con la cláusula primera del contrato de 1919, en cuanto ambos se refieren a la concesión de explotación de determinados yacimientos de petróleo, si bien difieren en que la cláusula primera del contrato de 1919 señala la forma como había lugar a determinar sobre el terreno uno de los linderos del territorio de la concesión minera e instituye una causal de resolución del traspaso para el caso de que oportunamente no se proceda a este señalamiento en la forma estipulada.

Y sea del caso observar aquí que existe también concordancia literal entre la cláusula 1ª, en lo tocante a la organización de un Sindicato o Compañía, del contrato de 1905 y la 1ª del contrato de 1919, mas sin que por ello pueda considerarse que tal cláusula primera quedó vigente y con el significado preciso y único que tenía en aquel primitivo contrato, ya que ello constituiría un contrasentido manifiesto, toda vez que todo parece indicar que justamente dicho contrato de 1919 fue celebrado en atención a que el señor De Mares acababa de cumplir con la obligación de constituir el Sindicato o Compañía —*Tropical Oil Company*—, para la explotación de la concesión en grande escala, y según lo pactado por aquel concesionario.

Coincide en general el artículo 7º del contrato de 1905 con la cláusula 9ª del contrato de 1919, por cuanto en ambas se encuentra la estipulación, que por lo demás ha correspondido y corresponde siempre a este linaje de convenciones, de que para todos los efectos legales se declara de utilidad pública la explotación a que se refiere el respectivo contrato, y en tal virtud el concesionario gozará de todos los derechos y acciones que conceden las leyes a las empresas de esa clase.

También coinciden las cláusulas 8ª y 10ª, respectivamente de uno y otro contrato, en cuanto en ellas se consigna igualmente la fórmula consagrada de que "el Gobierno se compromete a no gravar con derechos de exportación ni otros el petróleo que se extraiga en virtud del presente contrato".

El artículo 10 del contrato de 1905 y el 13 del contrato de 1919 están de acuerdo por cuanto, en ambos y en relación cada uno con el contrato del cual forman parte, se establece que las

concesiones a las cuales los contratos se refieren, "es entendido que se otorgan en cuanto no hieran intereses de terceros o derechos ya adquiridos".

Equivalía el artículo 6º del contrato de 1905 a lo que establece la cláusula 8ª del contrato de 1919, si bien con algunos cambios, cambios en este último señalados en calidad de simples explicaciones; y, en todo caso, ambas cláusulas se refieren al derecho de exclusividad de los concesionarios para la explotación de las minas de petróleo dadas en concesión.

Tanto el artículo 11 como el 12 del contrato de 1905 tocan con la posibilidad del traspaso a tercera persona, el cual no podía hacerse sin permiso del Gobierno y entran en ciertos detalles para el caso de traspaso hecho especialmente a una Compañía extranjera; y así que, en tesis general, pueda admitirse que la cláusula *vigésima-segunda* del contrato de 1919 coincide con aquéllas en cuanto textualmente dice que "el contrato a que se refiere este instrumento no puede ser traspasado sin permiso previo del Gobierno", estipulación ésta que es por lo demás de ordinario empleo en este género de contratos celebrados con el Estado.

Resulta de lo que se deja relatado que el contrato de 1919 tomó desde luégo del contrato de 1905 un punto de apoyo fundamental, o sea lo concerniente a las minas sobre las cuales versaba la concesión; y acerca del derecho de exclusividad del concesionario, naturalmente dentro de los linderos de tales minas, a llevar a término en grande escala su *explotación y la refinación* de los productos extraídos.

Empleó también, según aparece de lo relatado, algunas fórmulas usuales que se encuentran igualmente consignadas en el contrato de 1905 y referentes a declaratoria de utilidad pública, al compromiso por parte del Gobierno de no establecer derechos de exportación, etc.; al respecto de derechos adquiridos; y al permiso necesario por parte del Gobierno para poder hacer el traspaso de la concesión.

—

Se ha hecho ya la relación detallada de las estipulaciones en las cuales manifiestamente concuerdan uno y otro contrato y habrá lugar a expresar ahora en qué consisten los cambios o modificaciones fundamentales ocurridos en el nuevo contrato (1919) con respecto al primitivo (1905).

En efecto establecía la cláusula 3ª del contrato de 1905, sobre punto fundamental en esta clase de negocios mineros, la obligación a cargo del concesionario de *emplear el capital de la empresa en la extracción del petróleo crudo, en refinarlo y separar sus componentes dándolo al consumo del país a un precio que permita hacer la competencia al que se importa de Europa o los Estados Unidos;* y, en cambio en la cláusula 2ª del nuevo contrato, se estipuló que la Compañía se obligaba a establecer, *dentro de los límites de la concesión* y precisamente *en el curso de dos años,* contados desde la aprobación del traspaso, *una refinería de capacidad suficiente* para atender al consumo del país, y se obligó a vender en todo tiempo, *en el lugar de producción* el petróleo crudo y los *productos de la refinería* a precios que no *excedan* de *aquellos que tengan el petróleo crudo y los mismos productos en la ciudad de Nueva York.*

Apreciable cambio ocurrió también en relación con la cláusula o artículo 4º del contrato de 1905. Fue sustituída ésta por la cláusula 5ª del nuevo contrato en consideración. Establecía, en efecto, el artículo 4º mencionado que el concesionario se obligaba a dar al Gobierno el *15% del producto neto de toda producción* (parece que por extracción y también por refinación) por semestres vencidos; y, en sustitución, la cláusula 5ª del contrato de 1919 establece que el tanto por ciento que se pague a la Nación por la Compañía cesionaria, como precio del arrendamiento, será el *diez por ciento* (10%) *del producto bruto que se explote, extraído de las minas,* pagadero en dicho producto o en su equivalente en los distintos productos que se obtengan de la empresa, o en dinero por el precio de venta en el lugar de producción de dichos productos o en la refinería, a voluntad del Gobierno y por semestres vencidos. *Para calcular el producto bruto extraído, se deduce el petróleo crudo que la empresa consume en la explotación o beneficio.*

Establecía la cláusula o artículo 5º del contrato de 1905 quedar el concesionario obligado a dar principio a los trabajos *diez y ocho meses después de que el contrato fuera aprobado so pena de caducidad de tal contrato.*

Se estipuló en cambio en la cláusula 2ª del contrato de 1919, como ya se vio, un plazo fijo de dos años para establecer una refinería, establecimiento de la refinería que ha dado pie bajo el nuevo contrato para admitir que venía a ser ese plazo preciso de dos años el plazo nuevo para iniciar la explotación.

Rezaba la cláusula 9ª del contrato de 1905 que el Gobierno se comprometía a dar al concesionario o a quien sus derechos represente, una vez establecida la empresa, una cantidad determinada de tierras baldías. Mas en la cláusula 7ª del nuevo contrato se hizo a este respecto una

sustitución radical consistente en establecer que la Compañía renunciaba a las tierras baldías mencionadas en la referida cláusula 9ª del contrato de mil novecientos cinco (1905). Mas no era gratuita esa renuncia, puesto que, a continuación de tal renuncia, se lee: "pero el Gobierno le reconoce el derecho de construir en los terrenos baldíos de la concesión todos los edificios y obras necesarias para la explotación del petróleo...."

Decía la cláusula 13 del contrato de 1905 que, vencido el término del contrato, podrá ser prorrogado a voluntad de ambas partes, por el término que se estime conveniente, al paso que la correspondiente cláusula, la 12ª del contrato de 1919, estatuye: "En el caso de otorgar una prórroga, se pactarán oportunamente entre el Gobierno y la Compañía cesionaria los términos y obligaciones de ella, y se someterá a la aprobación del Congreso".

Habrá lugar a volver más tarde sobre esta cláusula que jugó un importante papel cuando se discutía con el Gobierno la celebración del nuevo contrato, el de 1919, con la Compañía demandada.

—

Y sea el caso de mencionar ahora las cláusulas simplemente adicionales contenidas en el nuevo contrato, cláusulas algunas de gran importancia tanto jurídica como de interés práctico, que contribuyen en todo caso a demostrar que, en manera alguna el contrato de 1919 fue simplemente la aprobación incondicional e irrestricta por el Gobierno de un traspaso, a un cesionario, del contrato de 1905.

Dichas cláusulas nuevas en el contrato de 1919 son diez (10), o sean las siguientes: la 6ª, la 11ª, la 14ª, la 15ª, la 16ª, la 17ª, la 18ª, la 19ª, la 20ª, y se refieren, en su orden, a la obligación de emplear por parte de la Compañía métodos y sistemas científicos en la explotación; a la obligación de la Compañía a someterse en sí misma y en sus trabajos de explotación a la vigilancia del Gobierno; a la declaración de que la Compañía no adquiere con el traspaso de la concesión ningún derecho real sobre las minas de petróleo, ni sobre el suelo o el subsuelo en que se hallen; a lo concerniente a la constitución de una fianza por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000) para responder la Compañía de sus obligaciones; a la estipulación de una cláusula penal a cargo de la Compañía para el caso de incumplimiento de sus obligaciones; a lo concerniente a varias causales de caducidad del contrato, causales que no figuran en el contrato primitivo; a la declaración expresa de que "en caso de que el contrato se declare caducado por falta de cumplimiento de las obligaciones de la Compañía, o de quien sus derechos represente, ésta no tendrá derecho a indemnización alguna por parte del Gobierno con motivo de las estipulaciones de este contrato, a exención de responsabilidad de parte de la Nación y por razón de pleitos que puedan surgir por razón de los derechos de terceros". Además existe en este contrato de 1919 la cláusula 21ª acerca de la cual se hacen en el presente fallo consideraciones por separado.

¿Y qué decir ahora del punto fundamental, por todo concepto en este litigio, de la duración de la concesión misma?

Que según la interpretación que se ha creído poder dar a la cláusula 5ª antes mencionada, del contrato de 1905, relacionada con la cláusula o artículo 2ª *ibidem*, el término de treinta años debía contarse, estrictamente hablando, a partir del remoto vencimiento ocurrido una vez pasados diez y ocho meses a partir de la aprobación del contrato de 1905; o al menos desde el 14 de junio de 1916, fecha del acta de San Vicente de Chucurí.

Según otra interpretación que concuerda con la conclusión a la cual habrá de llegarse en el presente fallo, el término de treinta años de la duración del nuevo contrato habría lugar a contarlo desde que empezara la explotación allí pactada, es decir, desde fecha posterior a la celebración de dicho contrato, y ya que la cláusula *cuarta* del aludido contrato de 1919 dice, según resulta de sus voces inequívocas, que aquél "durará por el término de treinta años que empezarán a contarse desde la fecha en que se dé principio a la explotación", es decir, al tipo de explotación allí convenido.

En uno y otro contrato el momento de la explotación era el punto de arranque para el cómputo del período de duración de la concesión. Mas el concepto de lo que es la explotación no se confunde de manera absoluta en uno y otro contrato.

Aunque el contrato de 1905 se refiere a explotación en grande escala y a refinación del mineral extraído, existe en el contrato de 1919 una ampliación de esa noción, la de determinada clase de explotación, seguramente en mucho mayor escala que la prevista en 1905, desde luégo con miras al establecimiento de la refinación en una refinería de capacidad suficiente para el consumo del país (cláusula 2ª del contrato de 1919). Se trata ya, en efecto, de la explotación prevista en la cláusula 3ª del contrato referido, según la cual, "*una vez halladas las fuentes de petróleo de capacidad suficiente para su explotación comercial, se procederá a más tardar dentro de un año a organizar dicha explotación* (ha subrayado la Corte), la que luégo

no podrá suspenderse sin el consentimiento del Gobierno, *y que en caso de que la explotación no sea completa* y que se suspendan los trabajos *sin justo motivo y sin la previa* aprobación del Gobierno por seis meses, *caducará la concesión.*'

Inmediatamente después de esta cláusula, la cual se refiere al hecho futuro de una explotación comercial, se encuentra colocada la que estatuye (cláusula 4ª), que "el presente contrato durará por el término de treinta años desde la fecha en que se dé principio a los trabajos de explotación".

Según normas de aceptación universal en la interpretación del lenguaje escrito y especialmente cuando se trata de documentos con valor jurídico, los cuales exigen manifiestamente la adecuada precisión, se tiene que la palabra *explotación,* usada en la cláusula 4ª del contrato de 1919 ha de interpretarse en armonía con su *inmediato antecedente,* salvo el caso de que tal interpretación llegara a ser incompatible con el contenido de la sentencia gramatical que integra dicha cláusula 4ª.

El *inmediato antecedente* de la palabra "explotación" de la cláusula 4ª es la palabra "explotación" (comercial) que se halla en la cláusula inmediatamente anterior, o sea en la 3ª; y, el admitir para la palabra explotación de la cláusula 4ª el mismo significado que tiene en la 3ª del contrato de 1919, que así quedan debidamente articuladas entre sí, lejos de llegar a perturbar el sentido natural de dicha cláusula 4ª, conduce a dejar claramente establecido que la explotación enunciada para lo futuro de que trata tal cláusula 4ª no es otra que la *explotación comercial* de que habla la cláusula 3ª y que había de realizarse en un futuro posterior a la celebración del contrato respectivo (1919).

Por otra parte aparece de la Resolución de 20 de junio de 1919, que, para aprobar el Gobierno el traspaso, impuso determinadas condiciones en calidad de *modificaciones fundamentales* al contrato primitivo; y, si se lee la escritura sobre el contrato de traspaso, que vino luégo merced a la aceptación de parte del cesionario de aquellas *condiciones,* se verá que aparecen casi en su integridad convertidas, y muchas de ellas, de manera literal, en cláusulas del contrato de traspaso.

Enseña la referida Resolución que, si el Gobierno impuso esas condiciones como modificaciones *sine quibus non* para aceptar el traspaso, tal ocurría precisamente porque se trataba de modificaciones que se entendían entonces favorables por todo concepto a la Nación, es decir, por cuanto el Gobierno las consideraba favorables para el país, ya que, de no ser así, resultaría en absoluto inexplicable el que el Gobierno mismo hubiera impuesto tales condiciones.

Y, como es obvio, entre esas condiciones favorables a la Nación está la de la cláusula 3ª del contrato expresado de 1919, que exigió de la Compañía cesionaria la iniciación de una genuina *explotación comercial,* explotación evidentemente más beneficiosa para el desarrollo económico del país y para el aumento de la cuantía de sus entradas fiscales, por razón de regalías, etc., que una explotación en muy inferior escala como la que revelaba el acta de San Vicente de Chucurí, acta que ha sido aducida como demostración y prueba de la iniciación de la explotación prevista en el contrato de 1905.

Dicha cláusula 3ª del contrato de 1919, según se sabe ya, es del siguiente tenor:

"Tercera. Una vez halladas las fuentes de petróleo de capacidad suficiente para su explotación comercial, se procederá, a más tardar dentro de un año, a organizar dicha explotación, la que luégo no podrá suspenderse sin el consentimiento del Gobierno, y que en caso de que la explotación no sea completa o de que se suspendan los trabajos sin justo motivo y sin la previa aprobación del Gobierno por seis meses, caducará la concesión."

Cláusula ésta que el Gobierno impuso a la Compañía cesionaria merced a lo dispuesto bajo la *modificación fundamental* 4ª de la Resolución de 20 de junio de 1919, antes mencionada, la cual modificación fundamental número 4º reza así:

"4ª Que una vez halladas las fuentes de petróleo de capacidad suficiente para su explotación comercial, se proceda, a más tardar, dentro de un año a organizar dicha explotación, la que luégo no podrá suspenderse sin el consentimiento del Gobierno; y que en caso de que la explotación no sea completa, o de que se suspendan sus trabajos, sin justo motivo y sin la previa aprobación del Gobierno, por seis (6) meses, caducará la concesión."

Y después de la referida cláusula 3ª del contrato de 1919 que constituye reproducción literal de la transcrita condición 4ª de la Resolución, se lee la antes transcrita cláusula 4ª del contrato de 1919, la cual es de una gran claridad y que reza así:

"Cláusula cuarta. El presente contrato durará por el término de treinta años que empezarán a contarse desde que se dé principio a los trabajos de explotación."

De donde se sigue que el contrato de 1919, para los efectos de la explotación *comercial*

propiamente dicha en él creada y exigida por el Gobierno mismo por la Resolución ejecutiva de 20 de junio, según lo que antes hubo de verse, sólo podía empezar en el futuro a partir de 1919, debiendo durar 30 años; y fue la Resolución de 13 de junio de 1921, es decir, la dictada por el doctor Esteban Jaramillo, aquélla que vino a señalarle fecha cierta a tal futura iniciación.

Sin embargo, podría objetarse ahora que en ese caso el Gobierno, de acuerdo con la Compañía cesionaria, *modificó fundamentalmente* el plazo de duración de la concesión. Mas en realidad de verdad esta objeción carece en absoluto de razón. Acaso no modificó también lo concerniente a la regalía, lo tocante al lugar y precio de venta de los productos y de los refinados, y a cambio de la renuncia al derecho de adjudicación de unos baldíos por parte del concesionario, no le otorgó la Nación otras concesiones sobre uso de terrenos del Estado?

Se concluye de todo lo expuesto que el término de treinta años de la cláusula 4ª del contrato de 1919 debía empezar a contarse con posterioridad a la fecha de tal contrato y no, en manera alguna, con efecto retroactivo mediante aceptación de una fecha anterior al contrato mismo de 1919, fecha que no aparec así fijada en parte alguna en el contrato que se acaba de citar, es decir, en el contrato de 1919.

Estudiados además los antecedentes escritos, que obran en los autos y que precedieron inmediatamente a la expedición de la Resolución de 20 de junio de 1919 y por consiguiente a la celebración del contrato de traspaso de 25 de agosto del mismo año, se halla que, a propósito del momento mismo en el cual debía empezar a contarse el término de duración de tal contrato, sólo aparece en el proceso el siguiente pasaje del escrito de 7 de mayo de 1919 sobre *bases para el traspaso de la concesión*, suscrito por el doctor Mariano Argüelles, empleado en esa época en el ramo de Minas del Ministerio de Obras Públicas, bases que, según lo que resulta de autos, fueron indudablemente pasadas al estudio de la otra parte contratante, *Tropical Oil Company*.

Dicho pasaje de las *bases para el traspaso de la concesión* dice, en efecto, así:

"Para el artículo 2º

"El término de la concesión será de 30 años, los que empezarán a contarse desde la fecha en que este traspaso sea aprobado por el señor Presidente de la República."

Demuestra este proyecto de pacto, en lo tocante a duración del contrato, y principalmente por tratarse de una iniciativa que aparece haber sido oficial, que fue el Gobierno mismo quien inicialmente admitió que el plazo de treinta años del contrato debía empezar a contarse en el futuro, es decir, precisamente desde la fecha en que el "traspaso sea aprobado por el señor Presidente de la República".

Y la circunstancia de que, después de oída la otra parte contratante y sin que en el expediente aparezca constancia alguna de que el Gobierno hubiera modificado su actitud primitiva al señalar una fecha futura como punto de partida para la iniciación del término de duración del nuevo contrato que se trataba de celebrar, es circunstancia que viene a confirmar la conclusión a que ha llegado la Corte de ser inadmisible la interpretación del contrato de 1919 en el sentido de que su duración se empezaría a contar desde una fecha anterior al traspaso mismo.

Según la interpretación del contrato de 1919 que, como ya se vio, acepta la Corte, debía iniciar tal contrato su período de duración aun con alguna posterioridad (desde la iniciación de la explotación comercial) a la fecha precisa del traspaso dicho; y al faltar, como faltan, comprobantes que demuestren lo contrario, aquella interpretación se amolda mejor a la *base para el traspaso* (2ª), señalada inicialmente por el Gobierno, que la otra interpretación consistente en que el señalamiento se hizo sobre el pie de una fecha muy anterior al momento de expedir la Resolución de 20 de junio de 1919 y de celebrar el contrato de traspaso de 25 de agosto del mismo año, es decir, de una fecha correspondiente a la del acta de San Vicente de Chucurí (1916). Sentada la base de que la duración del contrato de 1919 debe empezar a contarse, a partir de una fecha posterior a la celebración de tal contrato, se observa, en primer término, que a esta conclusión ha llegado la Corte sin necesidad de adoptar como fundamento de ella la Resolución de 13 de junio de 1921, antes transcrita en este fallo, y que fue dictada por el entonces Ministro de Obras Públicas, doctor Esteban Jaramillo, y habiendo estudiado en cambio los términos literales y el espíritu mismo del contrato expresado de 1919, así como sus antecedentes inmediatos.

Ahora bien: como en la Resolución del doctor Jaramillo se señaló, en calidad de fecha cierta de la iniciación de la explotación, el día 25 de agosto del mismo año de 1921, cumple recordar ahora que el señor Procurador Delegado en lo Civil tildó tal Resolución (en su artículo 3º) de ilegal, y digna por consiguiente de ser declarada nula o sin efectos legales por la Corte (petición primera de la demanda); y, por cuanto ha debido admitirse según la opinión del señor Procurador, como fecha de iniciación de la explotación una anterior a la del contrato de 1919, o

sea precisamente la del 14 de junio de 1916 (Acta de San Vicente de Chucurí). Mas como la Corte acepta, por el contrario, que ha de admitirse como fecha de la iniciación de la explotación una posterior a la del contrato de 1919, es obvio que caen por su base misma los fundamentos de la acusación por ilegalidad contra la memorada Resolución de 13 de junio de 1921, dictada por el ex-Ministro de Obras Públicas doctor Esteban Jaramillo; y hay lugar, por tanto, a negar en este fallo la petición primera (1ª) de la demanda del señor Procurador Delegado en lo Civil.

Además, si se tiene en cuenta que, en armonía con la cláusula *tercera* (3ª) del contrato de 1919, quedaba pendiente aún, en la fecha de ese contrato, la llegada del momento futuro del hallazgo o localización "de las fuentes de petróleo de capacidad suficiente para su explotación comercial" y que a partir de allí gozaba la Compañía del término hasta de un año "para organizar dicha explotación". Si se tiene en cuenta, por otra parte, que en la cláusula *segunda* (2ª) de ese mismo contrato de 1919, la Compañía se obligó a establecer "en el curso de dos años contados desde la aprobación del traspaso una refinería de capacidad suficiente para atender al consumo del país", y que el establecimiento de la refinería bien podía considerarse como un índice de haberse iniciado la explotación comercial pactada.

Y siendo así que, precisamente la Resolución de 13 de junio, señaló como iniciación de la explotación la fecha en la cual se vencieron los dos años acordados en el contrato para el establecimiento de tal refinería, necesario es concluir que, en opinión de la Corte, la interpretación del contrato de 1919 implicada en la referida Resolución de 13 de junio de 1921, no aparece ser una interpretación equivocada.

Finalmente, como el señor Procurador Delegado en lo Civil solicita en la petición segunda (2ª) de su demanda el que se declare por la Corte que el contrato de 1919 "termina naturalmente el día 14 de junio de 1946 por expiración del término prefijado para su duración"; y, según lo que se dejó antes aquí expuesto, la expiración del término ocurre solo el 25 de agosto de 1951, con el señalamiento necesario de esta última fecha, habrá de ser hecha la correspondiente declaración en este fallo.

II

REVERSION GRATUITA A FAVOR DE LA NACION DE LAS INSTALACIONES DE LA CONCESION

Como ya se vio, el contrato de 1919, en su cláusula vigésima-primera, dice así:

"La Compañía cesionaria acepta en general todas las demás condiciones exigidas por las leyes y las especificadas en el Decreto número cuatrocientos treinta y cinco de mil novecientos diez y seis, y el modelo de póliza, publicada en el *Diario Oficial* número quince mil setecientos cuarenta de diez de marzo del mismo año, en cuanto no fueren incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión, y con las anteriores estipulaciones."

Cabe advertir que, estudiando el modelo de póliza o minuta, póliza a la cual se hace referencia en esta cláusula, se halla en ella un artículo, que es el 10º, concebido literalmente así:

"Artículo 10. A la expiración por cualquier causa y en todo tiempo, de este contrato, quedarán de propiedad de la Nación, a título gratuito, todas las obras, edificios, máquinas, aparatos, cables aéreos, herramientmas y en general, todos los elementos de explotación y medios de comunicación empleados por el Contratista, en el estado en que se encuentren."

Lógico sería, por tanto, concluír que la reversión a que aspira la Nación fue materia de una estipulación contractual de indefectible aplicación de la Compañía demandada, con tánta más razón cuanto que el referido artículo de la póliza o minuta, adoptado para el contrato de que aquí se trata está en armonía con las exigencias del artículo 110 del Código Fiscal, expedido en 1912, del cual precisamente constituye reglamentación y desarrollo el citado Decreto 435 de 1916 y la póliza referida que se publicó adjunta a este último.

En efecto, el artículo 110 citado, además de señalar un término máximo de treinta años para la duración de los contratos, establece respecto a los que se celebren sobre explotación de las minas con las cuales él toca, y a la expiración de los contratos, la *reversión* gratuita a favor de la Nación de los elementos de la explotación.

Mas hé aquí que la parte demandada alega, para intentar que se le declare exenta del cumplimiento de la cláusula llamada de reversión gratuita, dos razones, que habrán de estudiarse por separado, es a saber:

A) La de que la cláusula *vigésima-primera*, antes transcrita, del contrato de 1919, expresamente limita la aplicabilidad de las condiciones establecidas por el Decreto y por el modelo de póliza: en cuanto éstas no fueren incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las anteriores estipulaciones". Se dice entonces que el contrato de 1905 y el de 1919, o la naturaleza de esos contratos, repugna a la cláusula de reversión gratuita;

B) La de que los antecedentes del contrato de 1919 demuestran, según la Compañía, que la intención de las partes contratantes fue la de exclusión o prescindencia de la cláusula de reversión contenida en el modelo de póliza y en lo tocante con el contrato aludido.

A

Naturalezas jurídicas de la concesión y de la reversión.

Se estudia en seguida la cuestión relacionada con la parte de la cláusula 21ª del contrato de 1919 en cuanto se habla en ella de que, entre otras, serían aplicables a ese contrato las condiciones exigidas en el modelo de póliza "en cuanto no fueren incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las anteriores estipulaciones".

Esta salvedad o limitación ha dado lugar a una doble cuestión, que parece puede plantearse así:

1ª La reversión es incompatible con el "contrato de concesión", es decir, con el contrato de 1905;

2ª La reversión es incompatible con la noción "abstracta y general" de la concesión temporal para la explotación de petróleo, por ser ésta un contrato de arrendamiento;

1ª—*La reversión es incompatible con el contrato de 1905.*

Tomándolos directamente del modelo de póliza se erigieron en cláusulas contractuales especiales y expresas las siguientes: la 13 de la póliza sobre empleo por la Compañía de métodos y sistemas científicos, que entró a figurar como cláusula 6ª del contrato de traspaso; las cláusulas 14 y 15 de la póliza que se refiere a traspaso en general del contrato y a traspaso a extranjeros y sobre deberes que a ellos impone el Código Fiscal, cláusulas que quedan prácticamente reproducidas en las señaladas con los ordinales 22 y 18 respectivamente del contrato en referencia; la cláusula 16 del modelo de póliza sobre caución, que figura en el artículo 5º del contrato, si bien en la cláusula 5ª del contrato figura una caución por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000) y la cuantía de la fianza en el modelo de póliza es sólo de mil pesos ($ 1.000); la cláusula 17 del contrato sobre caducidad, etc., que figura también como cláusula 17 del modelo de póliza; la cláusula 18 del modelo de póliza sobre declaratoria de que el Gobierno no indemnizará al contratista en caso de que se pronuncie la caducidad, que figura también en el contrato, marcada con el número 18; además la del contrato marcada con el número 20, y que corresponde a exención de responsabilidad de parte de la Nación "por razón de pleitos que puedan surgir a causa de derechos de terceros", es la misma que figura en el modelo de póliza con el número 19.

La cláusula 4ª del modelo de póliza no se confunde estrictamente hablando con la marcada con el número 7, antes transcrita del contrato, tocante a construcción de obras en los baldíos, mas si resulta manifiesto que la del contrato esté inspirada en la de la del modelo de póliza, que reza así:

"Artículo 4º El Gobierno otorga permiso al Contratista para construír dentro de la zona de la concesión y en los terrenos baldíos, todos los edificios necesarios para la explotación de los yacimientos indicados y para establecer caminos, tranvías, cables de tracción, teléfonos, telégrafos y demás obras que pueden considerarse como medios de transporte y elementos de explotación destinados exclusivamente al servicio de la empresa, siempre que no se opongan a las obras y construcciones destinadas al servicio público, y sujetándose en todo caso a las leyes y reglamentos que rijan sobre estas materias".

Aparte de las incorporadas hay otras que no lo fueron expresa y directamente, pero sí lo fueron indirectamente en virtud de las referencias que a ellas hace la cláusula 21ª del contrato en mención, al remitir también, para darlas por incorporadas, a *todas* las demás condiciones exigidas por las leyes y *las especificadas en el Decreto y en el modelo de póliza, etc.*

Son varias esas demás condiciones aplicables (verbi gracia artículos 5º, 10, 11, 12 y 20 del modelo de póliza) por la referencia general en mención al Decreto y al modelo de póliza. Empero por vía de ejemplo puede citarse la siguiente que figura bajo el número 12 de la póliza:

"Artículo 12. En caso de turbación del orden público, guerra exterior o conmoción interior, el Gobierno, previo acuerdo con el Contratista, o dueño de la empresa, tendrá derecho a servirse de los elementos, medios de transporte y comunicación que estén empleándose en la explotación."

Y especialmente puede citarse la cláusula 10 del modelo de póliza que fue antes transcrita en este fallo y que instituye la *reversión.*

Mas sea el caso de volver ahora sobre el tema que toca con la parte final de la cláusula citada, *vigésimaprimera* (21ª) del contrato de 1919, que estatuye que las condiciones establecidas en el Decreto y en el modelo de póliza obligan a la Compañía cesionaria "en cuanto no fueran incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las anteriores estipulaciones".

Y habría, se pregunta, en el Decreto, y en el modelo de póliza principalmente, condiciones incompatibles con el primitivo contrato de concesión (el de 1905)?

Hay en verdad una condición que reúne las características de incompatibilidad aludidas, o sea aquella (artículo 1º del Decreto y 3º de la póliza) según la cual "el área de la concesión no excederá de diez mil hectáreas...." y es bien sabido que, según las constancias de los autos, la concesión de que aquí se trata excedía, no ya de *diez mil* sino de *cien mil hectáreas* y aun *de quinientas mil hectáreas.*

Entre el contrato de 1919 y el modelo de póliza existe otra incompatibilidad en cuanto al porcentaje del producto bruto pagadero al Gobierno, el 15% según el modelo de póliza y sólo el 10% según el contrato de 1919. También en materia de plazo de duración del contrato respectivo hay discrepancia, e incompatibilidad propiamente dicha, entre el indicado en el modelo de póliza que es menor que aquel que figura en dicho contrato de 1919.

Y queda así nítidamente planteado el problema realmente fundamental de este litigio.

¿Será incompatible con el contrato de 1905 la cláusula 10, antes transcrita del modelo de póliza, y referente a la llamada reversión gratuita a favor de la Nación, de los elementos de la explotación, etc.?

Fue celebrado el contrato con el señor De Mares en el mes de noviembre del año de 1905, es decir, bajo la vigencia del Decreto legislativo número 34 del mismo año de 1905. Precisamente la letra s) del artículo 2º de dicho Decreto facultó al Gobierno (véase también artículo 4º de dicho Decreto) para la celebración de este género de contratos sin necesidad de someterlos luégo a la aprobación del Cuerpo Legislativo.

El tenor literal de las disposiciones aludidas es así:

"Decreto legislativo número 34 de 1905 (10 de febrero), sobre autorizaciones al Poder Ejecutivo.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución, *decreta*:

"Artículo 2º Facúltase igualmente al Gobierno:

".....

"s) Para otorgar privilegios en la construcción de canales, explotación del lecho de los ríos y canteras, depósitos de asfalto y aceites minerales;

".....

"Artículo 5º Los contratos que el Poder Ejecutivo celebre en virtud de las autorizaciones que por este Decreto se le confieren, no necesitan de la formalidad de la licitación pública ni de posterior aprobación del Cuerpo Legislativo."

De manera que las disposiciones transcritas implican la abrogación del artículo 5º de la Ley 30 de 1903, que decía así:

"Artículo 5º Ningún contrato que el Gobierno celebre para la enajenación o explotación de las minas de carbón, depósitos de asfalto, petróleo o gas natural pertenecientes a la mina será válido sin la aprobación del Congreso."

En cambio no aparece en forma alguna que esta abrogación contenida en el artículo 5º del Decreto legislativo número 34 de 1905 comprendiera también el artículo 3º de la nueva Ley 30 de 1903, disposición cuyo contenido era el siguiente:

"Artículo 3º Las disposiciones del Código Fiscal referentes a minas de carbón se aplicarán también a los depósitos de asfalto de cualquier clase, consistencia o color, y a las de petróleo o aceite mineral de cualquier grado o clase, y gas natural, y a cualesquiera otros productos de la misma o análoga naturaleza."

Mas ¿cuáles eran las disposiciones del Código Fiscal referentes a minas de carbón a las cuales se hace alusión en el artículo 3º de la Ley 30 de 1903, que acaba de ser transcrito?

Han sido señalados al efecto los artículos 1116, 1117 y 1118 del Código Fiscal de 1873, cuyo tenor es así:

"Artículo 1116. La República se reserva la propiedad de las minas y depósitos de carbón, así como también los de huano y cualquier otro abono semejante que se encuentren en los terrenos baldíos de la Nación, o en los que por todo otro título distinto le pertenezcan."

"Artículo 1117. Dichas minas o depósitos no se entenderán vendidos ni adjudicados con los terrenos, y serán beneficiados por cuenta de la República en virtud de los contratos que al efecto celebre el poder Ejecutivo."

"Artículo 1118. Los contratos que el Poder Ejecutivo celebre para la explotación de las minas de carbón y depósitos de abono, cuya propiedad se ha reservado la República, podrán llevarse a efecto sin necesidad de la aprobación del Congreso, siempre que los contratistas acepten las cláusulas siguientes:

"1ª Que la duración de los contratos no exceda de cincuenta años;

"2ª Que a la expiración de dichos contratos pasen a ser de propiedad de la República, a título gratuito, las vías carreteras o férreas, máquinas, aparatos, y además los elementos de explotación empleados por los empresarios;

"3º Que el beneficio que la República reporte de la explotación, no baje del 15 por 100 de las utilidades líquidas de la Empresa."

Estudiadas en sí mismas las disposiciones legales que acaban de ser transcritas, pertenecientes al Código Fiscal de 1873, se llega a la conclusión de que los contratos respectivos, salvo el caso naturalmente de que se resolviera someterlos a la aprobación del Congreso, debían desde luégo contener expresa y tácitamente, estipulaciones sobre reversión, so pena de ilegalidad y aun de nulidad del contrato celebrado. (Artículos 2º y 5º de la Ley 68 de 1870).

Observa el representante de la Compañía, a propósito de este tema de reversión, que "en 1905 no existía la reversión, ni directa, ni indirectamente convenida en el contrato de Roberto de Mares" (Folio 88 del alegato del apoderado de Tropical Oil Co.).

Y en verdad que en este contrato de concesión minera no fue pactada *directamente*, o mejor *expresamente* la reversión, ya que no figura en él estipulación alguna, que aparezca expresada en el contrato, acerca de la reversión mencionada.

Empero la afirmación de que *indirectamente*, es decir, implícitamente no existe la reversión en ese contrato, mal podría aceptarse *a priori* en este fallo.

Para admitir la inexistencia de obligación alguna respecto a reversión en el contrato de 1905, preciso sería demostrar que cuando fue celebrado tal contrato de concesión, no estaban en vigor los preceptos legales que, para este género de contratos, instituían la reversión gratuita a favor del Estado.

Sabido es, en efecto, que en armonía con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

Estudiadas en sí mismas las disposiciones legales que fueron antes transcritas pertenecientes al Código Fiscal de 1873, se llega a la conclusión de que en los contratos respectivos, salvo naturalmente el caso de que se resolviera someterlos a la aprobación del Congreso, debían desde luégo contener expresa o tácitamente la estipulación sobre reversión, so pena de incurrir en ilegalidad en la celebración del contrato acordado.

Mas podría pensarse entonces que el artículo 5º de la Ley 30 de 1903 derogó en forma tácita los artículos 1116, 1117 y 1118 del Código Fiscal de 1873, y especialmente este último, que señala las estipulaciones básicas de los contratos de concesión de explotaciones mineras.

A juicio de la Corte no es concebible siquiera que tales disposiciones hubieran quedado tácitamente derogadas merced al expresado artículo 5º, toda vez que son ellas las del Código Fiscal que se refieren a las minas de carbón, etc., y como ya se vio, el propio artículo 3º de esa Ley estatuye que "las disposiciones del Código Fiscal referentes a minas de carbón se aplicarán también a los depósitos de asfalto de cualquier clase, consistencia o color, y a las de petróleo o aceite mineral de cualquier grado o clase, y gas natural, y a cualesquiera otros productos de la misma o análoga naturaleza".

Argumento éste que se vigoriza aún más con la consideración de que el artículo 8º de esa misma Ley, 30 de 1903, declara expresamente derogadas varias disposiciones legales; y, con respecto al Capítulo III, Título XIV del Código Fiscal de 1873, en el cual se hallan los transcritos artículos 1116, 1117 y 1118 del Código dicho, simplemente los señala como adicionados y reformados, adición y reforma tocante, como es obvio, con la asimilación de las minas de petróleo, etc., a las de carbón y con la obligación de someter los contratos de concesión a la aprobación del Congreso.

Dicho artículo 8º de la Ley 30 de 1903 dice textualmente así:

"Artículo 8º Quedan reformados los artículos 142 a 145 del Código de Minas, derogados los Decretos números 495 de 1901 y 722 de 1902, y adicionados y reformados el Capítulo III, Título XIV del Código Fiscal, y derogadas las disposiciones legales contrarias a la presente Ley."

Y en tales circunstancias la única interpretación razonable de los artículos 3º, 5º y 8º de la Ley 30 de 1903 en relación con los artículos 1116, 1117 y 1118 del Código Fiscal de 1873 es la de que, a partir de la vigencia de la mencionada Ley 30 de 1903, cuando se pactara un contrato de concesión "sobre explotación de las minas de carbón, depósitos de asfalto, petróleo o gas natural" pertenecientes a la Nación, aunque en él se contuvieran expresa o tácitamente las estipulaciones indicadas en el artículo 1118 del Código Fiscal, no serían efectivos y perfectos esos contratos sin la aprobación del Congreso; o en otros términos, que no podrán ejecutarse sin la aprobación previa del Congreso mismo. (Artículo 5º de la Ley 68 de 1870).

¿O sería que en el año de 1905 y por ministerio de los ya transcritos artículos 2º, letra s), y 5º del Decreto legislativo número 34 de 1905, que facultó al Gobierno para otorgar privilegios en la explotación de asfalto y aceites minerales, sin necesidad de llevarles luégo a la aprobación del Cuerpo Legislativo, derogó los transcritos artículos 1116, 1117 y 1118 del Código Fiscal de 1873, en términos tales que los *privilegios, concesiones* o *permisos* estatales que en esa época

llegara a dar el Gobierno sobre explotación de asfaltos y aceites minerales, quedarían exentos de la reversión, por ejemplo, y de las demás exigencias del artículo 1118 citado del Código Fiscal de 1873, sobre participación del 15% en el producto neto de la explotación y sobre duración de la concesión?

Es decir, que, según la hipótesis que se contempla, los artículos 2º, letra s) y 5º del referido Decreto de 1905 vinieron a derogar, entonces sí, el artículo 1118 del Código Fiscal de 1873, en términos tales que, al ser concedido el privilegio o concesión contenido en el contrato de 1905 celebrado con el señor De Mares, no se pactó en él la reversión por haber quedado derogado el ordinal 2º del artículo 1118 del Código Fiscal de 1873, que instituía la reversión, y merced precisamente al mandato de las aludidas disposiciones del Decreto legislativo número 34 de 1905.

Mas hé aquí que si la Ley 30 de 1903 no derogó el artículo 1118 del Código Fiscal de 1873, tampoco lo derogaron las referidas disposiciones del Decreto legislativo del año de 1905.

Fue dictado ese Decreto en armonía con la autorización contenida en el artículo 121 de la Constitución de 1886 (consúltase también artículo 117 de la nueva nomenclatura), disposición que reza así:

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

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

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

Por obra de la incompatibilidad perfecta de las disposiciones respectivas, nadie revoca a duda que ese Decreto legislativo dejó insubsistente o derogó en realidad el mandato del artículo 5º de la Ley 30 de 1903 sobre obligación de someter a la aprobación del Congreso los contratos sobre concesión de explotación de petróleos de propiedad nacional.

Pero vigente en 1903, según quedó antes indicado, el artículo 1118 del Código Fiscal, ¿tuvo también, el Decreto legislativo número 34 de 1905 el alcance de derogarlo?

Mas ¿en cuál parte, se pregunta, de ese Decreto legislativo, aparece derogada aquella disposición legal?

La mera circunstancia extrínseca de que el Decreto eliminara la intervención del Congreso, quedando así el contrato simplemente libre del requisito de la ulterior aprobación del Congreso, ¿significa acaso que el Ejecutivo tenía plenas facultades para prescindir de leyes normativas, como el artículo 1118 del Código Fiscal de 1873, y por haber quedado en realidad derogada tal disposición legal merced a aquel Decreto legislativo?

Fue expedido, como ya se dijo, el Decreto de que se viene hablando, bajo la vigencia del antiguo artículo 121 de la Constitución de 1886, y en uso de las atribuciones en él conferidas. No aparece en el texto mismo de dicho Decreto legislativo disposición alguna derogatoria del artículo 1118 del Código Fiscal de 1873.

Cierto es que en la aplicación del artículo 121 de la Constitución de 1886, antes transcrita, se admitía en aquella época (1905) que el Presidente, mediante decretos que debían llevar la firma de todos los Ministros, podía derogar los preceptos legales, mas se repite que en el caso que es materia de estudio, el Decreto legislativo número 34 de 1905 no contiene disposición alguna sobre derogatoria del referido artículo 1118 del Código Fiscal en dicha época vigente, derogatoria, que como se sabe ya, sólo podía hacerse entonces merced a decreto legislativo suscrito por todos los Ministros del Despacho ejecutivo.

De consiguiente, si expresamente no se consignó la estipulación sobre reversión en el contrato celebrado con el señor De Mares, en manera alguna significa ello que hubiere quedado tal estipulación excluída del contrato dicho.

Quedó entonces implícita en el mismo, y ello merced al contenido de los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y demás disposiciones legales concordantes aplicables al ramo contractual, y en calidad de estipulación propia de la naturaleza del contrato en consideración. (Véanse artículos 1501 y 1621 del Código Civil).

Es como si hoy en armonía con lo establecido —y valga ello sólo por vía de ejemplo— en el artículo 682 del Código Civil, disposición legal actualmente vigente, se diera contractualmente un permiso temporal para construcción de obras en sitios de propiedad del Estado y se hubiera

dejado de mencionar en tal contrato expresamente lo que estatuye el inciso 2º del mismo artículo 682 citado.

Pues bien: esa falta de mención expresa, esa omisión de la *reversión* prevista en el referido inciso 2º de este artículo, no podría mirarse en manera alguna como impedimento para que tal reversión se operara como estipulación implícitamente comprendida en el contrato celebrado.

El mencionado inciso 2º del artículo 682 reza, en efecto, así:

"Abandonadas las obras o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la ley, al uso y goce privativo de la Unión, o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana. Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por la Unión."

Y aparece así que el fenómeno de la reversión en general ha constituído en Colombia una de las prerrogativas del Estado cuando éste hace *concesiones* de carácter temporal.

Pero hay más: y es que constituye también principio inconcuso de nuestro derecho público el que jamás podría admitirse la existencia de una *renuncia tácita* en un contrato celebrado con el Gobierno y aun en los aprobados por el Congreso cuando se trata de las prerrogativas propias del Estado; y menos aún podría admitirse una renuncia tácita cuando el Estado, por conducto del Gobierno, hace *concesiones*, otorga *privilegios* o da *permisos*. Principio es éste, por lo demás, de aceptación universal, como es bien sabido.

La renuncia, si llegara a existir, tendría que ser expresa y no hecha simplemente por el Gobierno, sino necesariamente constante en un acto expedido por el Cuerpo Legislativo del Estado.

De donde se sigue que la mera circunstancia de que en el contrato de 1905 sobre *concesión* (véanse principalmente cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 9ª, 10ª y 12ª del contrato de 1905), o *privilegio minero* (letra s) del artículo 2º del Decreto legislativo de 1905), se hubiera señalado y en armonía con el artículo 1118 del Código Fiscal de 1873 una participación para el Estado del 15% del producto líquido (ordinal 3º del artículo 1118) y una duración en todo caso menor del máximo de 50 años (ordinal 1º del artículo 1118) y se hubiera omitido mencionar, de manera expresa, la reversión en ese mismo artículo instituída, no significa en manera alguna esa circunstancia la exclusión de la cláusula de reversión, reversión ésta que constituye una de las más genuinas prerrogativas del Estado en este género de concesiones. Y es aquello así por cuanto lo tácito, al estar instituído por ley, debe considerarse incorporado en el acto respectivo y con el mismo valor jurídico que lo que allí figura en calidad de expreso.

Y mirando la cuestión por el aspecto práctico en Colombia, se comprende que, tanto en 1905 como ocurre hoy mismo, un contrato como el celebrado con el señor De Mares no es concebible que llegara a perfeccionarse sin una gestión inicial y escrita de parte del interesado en obtener la concesión, y en la cual el solicitante o proponente admitiera ponerse bajo la ley, es decir, someterse a ella en relación con el objeto de su solicitud de concesión.

Y en tales circunstancias la posterior omisión en el acto jurídico de la concesión de un punto o exigencia previsto por la ley misma, en manera alguna significa la existencia de un pacto efectivo y expreso de prescindir del mandato legal y de convenir precisamente lo contrario a lo que ese mandato legal estatuye. Y en el caso absolutamente improbable de la existencia de ese pacto, que sería írrito, desde luego en negociaciones de este género, parece incontrovertible que quien alegue su existencia haya de demostrarla con las pruebas preestablecidas y escritas que son de rigor, pruebas que, en forma alguna, existen en este proceso.

Lo que se deja expuesto ha llevado a la Sala a la plena convicción de que el contrato de concesión o privilegio del año de 1905, celebrado con el señor De Mares, lleva implícita y por mandato legal la estipulación sobre reversión, establecida por el artículo 1118 del Código Fiscal de 1873 referente a la empresa de *explotación de las minas con refinación del petróleo extraído de ellas*.

Y de ahí que haciendo aquí nuevamente alusión a la cláusula 21ª del contrato de 1919, se tiene que la reversión del modelo de póliza, que prácticamente concuerda con la del artículo 1118, ordinal 2º del Código Fiscal de 1873, no solamente no es incompatible con el contrato de 1905, sino que, por el contrario, implícitamente y por ministerio de la ley (artículos 38 de la Ley 153 de 1887, 1501 y 1621 del Código Civil), estaba comprendida en ese contrato de 1905.

Y además quienes aceptaron el traspaso de 1919 en nombre de la Compañía cesionaria *Tropical Oil Company*, mal pudieron, al hacerlo, prescindir de estudiar las bases legales que sustentaran el contrato traspasado, a efecto de informarse de todo aquello que legalmente estaba implicado en él y que el Gobierno no podía variar en perjuicio de la Nación.

Habrá de observarse, antes de terminar el presente capítulo del fallo, que para llegar a un conocimiento práctico, si así vale decirlo, de que el Gobierno Nacional consideraba, desde luégo con toda razón, durante la vigencia del Decreto número 34 de 1905, que subsistía entonces el mandato legal del artículo 1118 del Código Fiscal de 1873, baste hacer referencia a los contratos de concesión minera celebrados en aquella época.

Sea el caso de citar a este respecto, y en primer término por su importancia, la llamada *Concesión Barco,* cuyo contrato fue celebrado poco más de un mes antes que el de la Concesión de Mares (véase *Diario Oficial* número 12170, de 2 de agosto de 1906); y en aquél no sólo se menciona la reversión, sino que en el texto mismo de tal contrato fueron expresamente invocados como razón o fundamento de su contenido los artículos 1117 y 1118 del Código Fiscal de 1873.

Pueden consultarse además, a este respecto, los siguientes contratos:

El celebrado el 10 de julio de 1905 con el señor José Manuel Goenaga. (*Diario Oficial* número 12680, de 27 de junio de 1906) sobre explotación de hulleras y fuentes de petróleo en el Litoral Atlántico; el celebrado el día 19 de julio de 1905 con la Compañía empresaria del camino del Carare sobre explotación de hulleras (*Diario Oficial* número 12730, de 28 de agosto de 1906); el celebrado el 6 de septiembre de 1905 con los señores Carlos A. Restrepo y José J. Toro y otros sobre explotación de hulleras, minas de asfalto, etc., en el antiguo Departamento de Galán (*Diario Oficial* número 12470, de 12 de octubre de 1905). Contratos todos estos de fecha anterior inmediatamente al de la Concesión De Mares y en cuyo texto se dice siempre expresamente tener a la vista los artículos 1117 y 1118 del Código Fiscal de 1873 y se pacta la reversión.

En calidad de contratos perfeccionados con posterioridad a la concesión De Mares pueden citarse el celebrado con el doctor Modesto Garcés el 10 de agosto de 1906 sobre explotación de hulleras en el Litoral del Pacífico (*Diario Oficial* número 12688 de 15 de septiembre de 1906) y el celebrado con el doctor Francisco Sorzano el 9 de junio de 1906, sobre explotación de hulleras y depósitos de asfalto en Santander (*Diario Oficial* número 12704, de 12 de noviembre de 1906). También en estos últimos se pactó la reversión y en el primero de ellos se hace además expresa referencia, en el texto mismo del contrato, a los artículos 1117 y 1118 del Código Fiscal de 1873.

2ª *La reversión es incompatible con la noción "abstracta y general" de la concesión temporal para la explotación de petróleo, por ser ésta un contrato de arrendamiento.*

Acerca de este tema se pronuncia en su alegato el señor Procurador Delegado en lo Civil así:

"I—Es manifiestamente equivocada la tesis de que el contrato sobre explotación de petróleos de propiedad nacional es de *arrendamiento.* La explotación de las minas en general, y de los yacimientos de petróleo en particular, consume y agota la sustancia de la cosa materia del contrato, consumo y agotamiento que se oponen a la esencia del arrendamiento. Lo que en los contratos de explotación de petróleos se concede no es el goce del terreno para restituirlo en el mismo estado en que se recibe. Es algo más: la propiedad de los productos de la explotación una vez extraídos del subsuelo y por un lapso de tiempo generalmente largo. De tal suerte que el concesionario extrae el producto para sí. Y con tal extracción afecta la sustancia misma del objeto materia del contrato haciéndose dueño de una parte de dicha sustancia. La explotación, que generalmente se concede por largo tiempo, produce el agotamiento de la mina.

"Nada importa que por ciertas leyes, en desacuerdo con la moderna orientación del derecho; por destacadas personalidades, y aun por la expresión literal del contrato, se le haya dado impropiamente la denominación de arrendamiento. Los contratos no derivan su esencia del nombre que quiera dárseles, sino del conjunto de elementos jurídicos que entran en su formación. Si, verbigracia, una persona dice dar a otra en calidad de *arrendamiento* una cosa determinada para que la use *gratuitamente,* el contrato no será de arrendamiento, por más que así se le llame, sino de *comodato.* Del mismo modo, si dos personas dicen celebrar un contrato de *mandato* por medio del cual una de ellas se obliga para con la otra a construir una *obra material,* el contrato será de arrendamiento de obra *(locatio operis faciendi)* y no de mandato, aun cuando las partes le den impropiamente esta última denominación.

"Tampoco se ha alegado siquiera, mucho menos se ha demostrado, que el derecho de reversión pugne con cláusula alguna especial del contrato de traspaso de 1919, para que, por tal causa, se entienda excluído de la estipulación hecha en la cláusula XXI de dicho contrato, que se dejó transcrita.

"II—Es igualmente equivocado creer que por cuanto el Consejo de Ministros conceptuó, en su sesión de 14 de junio de 1919, que debía pres-

cindirse de la reversión a cambio de la aprobación de las futuras prórrogas por el Congreso, quedó efectivamente excluído del contrato aquel derecho, y sustituído con la cláusula XII. Voy a demostrarlo:

"..... ....

"b) A pesar del concepto del Consejo de Ministros, el hecho fue que no se declaró excluída del contrato la reversión. Y como según quedó plenamente demostrado, tal derecho no se opone a la esencia del contrato de concesión, no hay por qué entenderlo excluído en virtud de lo dispuesto en la parte final de la cláusula XXI del contrato;

"c) Tampoco puede entenderse excluído tácitamente del contrato el derecho de reversión por incompatibilidad con lo estipulado en la cláusula XII. Tal incompatibilidad no existe. En dicha cláusula no se dijo que *a cambio* del derecho de reversión se estipulaba la formalidad de la aprobación de las futuras prórrogas por el Congreso. No: lo dispuesto en la cláusula XII no fue sino la incorporación expresa de una norma legal en el contrato; la del artículo 2º de la Ley 75 de 1913, ya citada, aplicable como era a la prórroga de los contratos, según quedó demostrado. Y no hay por qué entender que se estipuló el cumplimiento de una norma legal a cambio de la inobservancia de otra norma legal. Que a ello conduce la tesis de la parte demandada.

"d) La Compañía se sometió expresamente por la cláusula XXI del contrato a las estipulaciones del modelo de póliza de 1916, entre las cuales se encuentra la del artículo 102 referente al derecho de reversión, sin otra salvedad que la de ser incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión o con las nuevas del contrato de traspaso. Ya quedó demostrado cómo no existe incompatibilidad alguna a este respecto. Luego la cláusula de reversión quedó incluída entre las estipulaciones del modelo de póliza a que expresamente se sometió la Compañía."

La tesis sustentada por el señor Procurador Delegado en lo Civil acerca de que la concesión temporal minera no puede calificarse jurídicamente como un contrato de arrendamiento, por cuanto la mina en explotación llega a agotarse merced a la explotación misma, trata de combatirla la parte contraria en los siguientes términos:

"Sin perjuicio de ampliar más adelante la tesis de que el contrato de la Tropical Oil Company tiene bajo todo concepto el carácter de contrato de arrendamiento, con el solo objeto de poner de presente desde ahora el origen cuasi centenario de la teoría del señor Procurador, voy a destacar sin comentario alguno la opinión de dos expositores clásicos de mediados del siglo pasado, quienes desde entonces rebatían la teoría revivida en el alegato de la Nación."

En seguida el autor del alegato transcribe las opiniones de los antiguos autores franceses Dalloz y Troplong.

Parece, en efecto, que los referidos autores admiten, según las transcripciones aludidas, no ser verdad que para efectos jurídicos las minas se agoten, por cuanto el agotamiento es muy lento e insensible; pero, aparte de que esta circunstancia, de que el agotamiento sea lento, no prueba contra el hecho del agotamiento mismo, exponer aquella razón en Colombia para concluír que la concesión minera colombiana es un genuino *arrendamiento*, precisamente con todas las características de ese tipo de contratos, es indudablemente aventurado, ya que en Colombia es hoy frecuente que, mediante el empleo de procedimientos técnicos de explotación, se hayan visto desaparecer extensas zonas mineras de aluvión, por ejemplo. Y se agotan también por la explotación los pozos de petróleo; y en un momento dado, como es bien sabido, pueden llegar a agotarse los de un país entero merced a tal explotación.

De manera que no tiene valor alguno apreciable el argumento de que se viene hablando, presentado para tratar de demostrar que el contrato sobre explotación temporal minera sí es un genuino y perfecto contrato de *arrendamiento*.

En seguida la parte demandada, en el alegato al cual se viene haciendo referencia, hace una extensa relación de actos oficiales colombianos a partir de antigua data, o sea desde 1823, para demostrar que en ellos la concesión minera de explotación temporal de minas ha sido denominada *arrendamiento*. Punto éste que no se controvierte siquiera, es decir, la existencia de la denominación *arrendamiento en* los actos oficiales, y aun en el propio contrato de 1919, sólo que la Corte cree con el señor Procurador Delegado en lo Civil que "los contratos no derivan su esencia del nombre que quiera dárseles, sino del conjunto de elementos jurídicos que entran en su formación".

—

Se refiere en seguida el señor apoderado de la parte demandada a la circunstancia de que en julio de 1919, una comisión del Consejo de Ministros, formada por los doctores Miguel Abadía Méndez y Esteban Jaramillo, en informe rendido a la corporación, dijeron:

'El contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el señor De Mares sobre explotación de

fuentes de petróleo, es a todas luces un contrato de arrendamiento. No puede implicar un derecho real de usufructo o de uso, porque las estipulaciones esenciales de dicho pacto no guardan analogía con estas limitaciones al derecho de propiedad. Ahora bien: es sabido que el contrato de arrendamiento engendra derechos o acciones personales, pero no origina ningún derecho real, o sea de aquellos que se ejercen sobre las cosas mismas sin respecto a determinada persona....."

Y en verdad que el contrato sobre explotación temporal de minas ha sido llamado de arrendamiento, especialmente para evitar que se le confunda con la constitución del derecho *real de usufructo* o con otro derecho real inmueble. Y precisamente, la necesidad de evitar esta confusión aparece, de manera obvia, de la transcripción anterior de parte del informe de los Ministros doctores Jaramillo y Abadía Méndez, tocante a una discusión sobre supuestos derechos reales nacidos de la concesión, discusión habida, dicho sea ello brevemente, no entre el antiguo concesionario y el Gobierno, sino entre aquél y terceras personas.

Pero en realidad se trata de un tipo *sui generis* de contrato, simplemente asimilable al de arrendamiento, y en el lenguaje corriente se acostumbra darle ese nombre de *arrendamiento,* a falta de otro nombre más adecuado. Además, cuando versa sobre minas del Estado, se usa en Colombia, para el contrato sobre explotación temporal de minas la denominación de *concesión;* y, antes de la vigencia del Acto legislativo número 3 de 1910, que abolió la posibilidad de conceder ciertos privilegios en el país, se le daba también el nombre de *privilegio.* (Véase letra s), artículo 2º, Decreto legislativo número 34 de 1905).

Planteada la cuestión en general de si el contrato sobre explotación temporal minera es o nó un contrato de arrendamiento, precisamente para poder llegar, en caso afirmativo, a la conclusión de que todas y cada una de las disposiciones del Título 26 "del contrato de arrendamiento" correspondiente al Libro 4º del Código Civil y sin discriminación alguna son aplicables a dichos contratos mineros de duración temporal, y planteada así esa cuestión ante los Jueces, es el momento de declarar que la Corte estima que dicho tipo de contrato no es por todo concepto un genuino *contrato de arrendamiento* en el sentido que se acaba de expresar.

En efecto, el contrato sobre explotación de minas, a base de una participación y principalmente a base de una participación en el producto líquido (contrato de 1905) en la explotación, no encaja perfectamente en el concepto jurídico del arrendamiento.

Y es que se presenta como de la esencia del contrato de arrendamiento (artículo 1974 del Código Civil) que la cosa arrendada no sea fungible; empero, como la explotación de la mina no puede hacerse sino mediante la extracción de los minerales, lo que origina la destrucción de la mina misma, el requisito de la no fungibilidad falla en el presente caso. De otro lado, el contrato de arrendamiento, que es conmutativo, supone necesariamente el pago de un precio al arrendador (artículo 1973 del Código Civil), precio que en un caso como el de la concesión de 1905, con reconocimiento a favor del Estado de una cuota del producto líquido de la explotación, es precio que con frecuencia puede no existir en realidad, toda vez que habrá de faltar cuando la explotación de las minas no deje *producto líquido* alguno.

Finalmente, no es normal en el arrendamiento la obligación a cargo del arrendatario de explotar, y gozar así de la cosa arrendada, al paso que sí es normal en el contrato sobre explotación de minas a base de participación en los productos como precio para el que hace la concesión, la obligación que pesa sobre el concesionario de explotar las minas objeto de aquel contrato.

Se ha pensado en asimilar entonces los contratos sobre explotación temporal de minas, del tipo de la concesión de la *Tropical,* a la aparcería de que trata el Código Civil en su artículo 2041, perteneciente al título del arrendamiento.

Posiblemente existe alguna similitud. Mas se observa que el legislador mismo en la disposición antes citada tiende a asimilar la aparcería misma a la sociedad apartándola del concepto común del arrendamiento, asimilación que la Corte ha reconocido en la forma más amplia posible, llegando a admitir que el colono aparcero está obligado a rendir cuentas precisamente como en la sociedad (véase número 118, tomo II de la Jurisprudencia de la Corte).

Pero hay más: en la aparcería se recogen y consumen las cosechas, pero esos frutos se reproducen. En el contrato sobre explotación de minas se extraen, utilizan y consumen los minerales, pero, por el contrario, éstos no se reproducen.

De manera que si el contrato de duración temporal sobre explotación minera, contrato *innominado,* de peculiares características, ha podido ser llamado en el lenguaje corriente *arrendamiento,* o bien *sociedad* o *asociación,* como en verdad ha ocurrido, o *enajenación* o *venta de muebles por anticipación* (artículos 659, 755 y

1857 del Código Civil), es de una evidencia absoluta que mal se le puede calificar judicialmente y con carácter obligatorio de contrato de *arrendamiento,* al menos para el efecto de que haya de quedar él irrestrictamente gobernado por las disposiciones del capítulo 26, antes mencionado, del Libro 4º del Código Civil que trata especialmente del *contrato de arrendamiento* y que es aplicable, en general, a los bienes sujetos al derecho común.

Y a propósito de considerar el tipo de contratos de que se viene hablando como verdadera *enajenación o venta de muebles por anticipación,* conviene tener en cuenta el siguiente pasaje de una sentencia de la Corte de Casación francesa que desde 1857 dijo:

"En atención a que el arrendamiento de una mina consiste, para el arrendatario, en el derecho de extraer y de vender los materiales de esta mina, a que la extracción altera necesariamente la sustancia de la mina que no vuelve a reproducirse; a que tal convención constituye realmente un contrato de venta y no un contrato de arrendamiento que permite al arrendatario gozar de los frutos del innmueble arrendado, frutos que se reproducen anualmente". En virtud de estos considerandos llega la Corte francesa a la conclusión de que los contratos de arrendamiento o concesión de minas constituyen verdaderos contratos de compraventa de bienes muebles por anticipación.

Observa Aguillon, el autor clásico en materia de legislación de minas en Francia, en su obra *Législation des Mines Français et Etrangère,* tomo I, página 208, que la Corte de Casación francesa ha considerado siempre la *amodiation* (concesión en forma de aparcería) de una mina, como una venta mobiliaria, cualquiera que pueda ser la calificación que las partes hayan podido dar a sus contratos y cualesquiera que puedan ser las cláusulas sobre las cuales la concesión haya sido consentida o aceptada.

Por lo demás, como es bien sabido, los tratadistas modernos llaman *muebles por anticipación* a cierta categoría de bienes que comprende determinadas cosas que están incorporadas al suelo y son, por consiguiente, inmuebles por su naturaleza, pero que estando destinadas a ser próximamente desprendidas y convertidas en mobiliarias, se les trata desde cierto punto de vista como muebles, porque se les mira, no en su estado actual como unidas a la tierra, sino en su estado próximo, como distintas y separadas. Se les puede llamar *muebles por anticipación,* puesto que en el momento en que tiene lugar la aplicación de reglas especiales hechas para ellas, son aún inmuebles por naturaleza (véase Planiol y Ripert, *Droit Civil,* tomo III, páginas 101, número 122, edición de 1926).

"Las materias minerales contenidas en suelo son consideradas como muebles, según dicen los mismos autores, cuando son el objeto de una venta, porque se les considera no en su estado actual, sino en la forma que tendrán cuando sean desprendidas. Es en cierta manera una venta de cosas futuras." (Véase número 105 de la misma obra citada).

De manera que, en estas circunstancias, sostener que el contrato de que aquí se trata, es decir, el de 1905, fue un genuino contrato de arrendamiento y precisamente para que se le aplique el artículo 1994 del Código Civil, y pugne así según las pretensiones de la Compañía demandada, con el concepto de reversión, equivale a desconocer en absoluto las características propias de la concesión temporal minera que en Colombia confiere el Estado. Mas ha de advertirse ahora que el punto de saber si un contrato sobre explotación temporal de minas es o nó un contrato de arrendamiento de la mina, aparece aquí y dentro de este proceso, como un tema simplemente académico.

En efecto, celebrado ese contrato entre particulares, bien pudiera admitirse que se le apliquen las normas generales del contrato de arrendamiento, en cuanto no pugnen con ciertas características propias de ese contrato *sui generis* originadas de la naturaleza misma de las minas y de la industria minera, en sí misma considerada, y en cuanto no pugnen tampoco con las estipulaciones especiales, en concreto, del contrato celebrado.

A propósito de estas estipulaciones, aunque en principio al arrendador deba corresponder pagar las mejoras de la mina arrendada puestas por el arrendatario y, al terminar el contrato de arrendamiento y ser devuelta la cosa arrendada al arrendador; no estaría vedado como contrario al orden público, sino por el contrario, perfectamente acorde con los principios, el que las partes contratantes pactarán una reversión gratuita de las instalaciones de la mina a favor del arrendador particular referido.

Mas tratándose ya de la *concesión temporal* o *privilegio* como antes se le llamaba también, para la explotación de minas del Estado y estando instituída para ellas la reversión, y aunque al contrato de concesión se le denomine arrendamiento (lo que desde luégo no ocurre en el contrato de 1905), no existe ni el más leve fundamento para admitir que no puede tener aplicación en él la cláusula de reversión gratuita a favor del Estado, bien esté implícita, o bien expresamente consignada en tal contrato.

ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE 1919 EN PUNTO DE REVERSION.

Cuando fue celebrado el contrato de 1919, que como ya se vio, es adicional y modificativo del de 1905 y no de mero traspaso de éste, regía la Ley 75 de 1913, la cual estatuía lo siguiente en sus artículos 1º y 2º:

"Ley 75 de 1913.

"Artículo 1º La Nación se reserva la propiedad de los depósitos y fuentes de petróleo y de hidrocarburos en general, situados en terrenos baldíos o en las que por cualquier otro título le pertenezcan."

"Artículo 2º Mientras se expide una ley que reglamente la denuncia y adjudicación de fuentes de petróleo e hidrocarburos en general, situadas en terrenos baldíos, sólo se podrán hacer concesiones temporales de dichos bienes en virtud de contratos aprobados por el Congreso."

Y de tal manera armonizaba con los contratos sobre explotación de petróleos la estipulación de la cláusula tocante a reversión, que los artículos 9º y 10 del Decreto 435 de 1916, no obstante referirse en general dichos artículos a la reglamentación del artículo 110 ya mencionado del Código Fiscal, tocaban también con los contratos sobre petróleos, según resulta de relacionar debidamente las disposiciones aludidas del Decreto mencionado.

Tales artículos 9º y 10 del Decreto número 435 de 1916 son del siguiente tenor:

"Artículo 9º Por el Ministerio de Obras Públicas se harán imprimir, en edición oficial para el uso del Ministerio y de los interesados, modelos de póliza, de acuerdo con lo prescrito por este Decreto, que servirán para la celebración de los contratos respectivos."

"Artículo 10. Respecto de los contratos que deben someterse a la aprobación del Congreso, como son los referentes a explotación de minas de petróleo, de asfalto, explotación de lechos de ríos, etc., a más de la cláusula que en ellos debe introducirse, de conformidad con el artículo 32 del Código Fiscal, y de las disposiciones legales pertinentes, se tendrán en cuenta las disposiciones de este Decreto."

De manera que, en armonía con los artículos 9º y 10 transcritos del Decreto de 1916, aun respecto a los contratos sobre petróleos que debían someterse a la aprobación del Congreso, había obligación a cargo del Gobierno de pactar en ellos la cláusula de reversión de que trata el artículo 10 del modelo de póliza, artículo cuyo texto fue anteriormente copiado en este fallo.

Por donde se echa de ver que mal puede sostenerse que la noción de *reversión* fuera *incompatible* en el año de 1919, como tampoco lo es hoy, de acuerdo con las leyes vigentes que la imponen, con la noción de *concesión temporal minera en materia de petróleos.*

No existe, por tanto, ni ha existido tal incompatibilidad a la luz de la legislación colombiana como acaba de demostrarse, ni existe tampoco a la luz de los principios jurídico-económicos que gobiernan la materia, considerada en abstracto, toda vez que siendo de carácter temporal la concesión dada por el Estado en relación con la explotación de las minas que le pertenecen, y siendo de otro lado la industria de explotación minera propiamente dicha, una industria de interés general, que consiste en la extracción y aprovechamiento adecuado de bienes que constituyen parte integrante de la riqueza pública nacional, perfectamente se acomodan esas características al fenómeno de que, al cesar la concesión temporal, no hay lugar a suspender la explotación iniciada, sino a que, *ipso facto,* pueda continuar la explotación sin tropiezos, en beneficio de la riqueza pública, en primer término, y luégo también en beneficio del Erario Nacional y contando para ello la Nación con las instalaciones y montajes existentes, necesarios para poder continuar tal explotación y que pertenecían al concesionario. Montajes e instalaciones de no muy gran interés para quien cesa en la explotación, quien en el desarrollo del negocio ha tenido posibilidad de amortizar el capital invertido en ellas y de mucho interés tanto económico en general como patrimonial, para el Estado que, directa o indirectamente, habrá de continuar tal explotación.

De todo lo cual se sigue que la reversión no solamente no es incompatible con la naturaleza principalmente económica del contrato sobre explotación temporal de una mina sino que, por el contrario, consulta cumplidamente esa naturaleza.

Pero volviendo a los antecedentes inmediatos del contrato de 1919, no habrá de olvidarse que la Resolución de 20 de junio de 1919, tiene entre sus considerandos el siguiente:

"..... .....

5º Que el honorable Consejo de Ministros, en su sesión de 14 de los corrientes, aprobó, a moción del señor Ministro del Tesoro, una proposición en virtud de la cual se acordó: a) Que la participación del Gobierno en la explotación de tales fuentes sea del 10% del producto bruto; y b) Que se prescinda de la condición en vista de la cual al vencimiento del término de la concesión deban pasar a ser propiedad de la Nación los útiles, enseres y materiales de la em-

presa, y en lugar de ella se ponga que si fuere el caso de otorgar una prórroga se pactará oportunamente entre el Gobierno y la Compañía cesionaria los términos y condiciones de ella y se someterá a la aprobación del Congreso."

Pero de otro lado en la misma Resolución de 20 de junio de 1919, y en su parte dispositiva misma se halla entre las *condiciones* impuestas por el Gobierno, para la aprobación del traspaso, la siguiente:

".....9ª Que la Compañía acepte igualmente las demás condiciones exigidas por las leyes y las especificadas en el Decreto ejecutivo número 435 de 1916, y el modelo de póliza, publicados en el *Diario Oficial* número 15740, de 10 de marzo del mismo año, referente a las causales de caducidad del contrato, a la fianza y multa, al sometimiento a los Jueces y Tribunales de la República, a la renuncia expresa a entablar reclamación diplomática, a respetar los derechos de terceros legítimamente adquiridos, y demás estipulaciones contenidas en dicha póliza, en cuanto no fueran incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las presentes modificaciones".

Cumple observar ahora que hay constancia en el expediente de los términos precisos de la proposición del señor Ministro del Tesoro aprobada por el Consejo de Ministros el 14 de junio de 1919 y referente al tema de la participación del 10% del producto bruto, y "b) Que se prescinda de la condición en virtud de la cual al vencimiento del término de la concesión deban pasar a ser propiedad de la Nación los útiles, enseres y materiales de la empresa, y en lugar de ella se ponga que si fuere el caso de otorgar una prórroga, se pactarán oportunamente entre el Gobierno y la Compañía cesionaria los términos y condiciones de ella y se someterá a la aprobación del Congreso".

Habrá de observarse de paso que el *considerando* número 5º, antes transcrito, de la Resolución de 20 de junio de 1919, como puede comprobarse con la simple lectura del contenido íntegro de dicha Resolución, constituye sólo parte integrante de los *seis considerandos* de ésta, entre los cuales hay algunos en absoluto extrínsecos al contenido de lo que fue impuesto, ya en la parte dispositiva misma de la Resolución en calidad de *condiciones* indispensables para el traspaso, y de lo que, en consonancia con estas condiciones, fue pactado luégo en el contrato de 25 de agosto de 1919, cuales son, por ejemplo, los considerandos referentes a que la Asamblea de Santander y la Cámara de Comercio de Bucaramanga habían solicitado el que se aprobara el traspaso en referencia.

Por no existir en el proceso información acerca de lo que dijera, en sus términos expresos, el preciso proyecto de resolución sometido el 14 de junio de 1919 al Consejo de Ministros y cuyo estudio dio lugar a la proposición del señor Ministro del Tesoro que acaba de ser transcrita, resultando en tal virtud obscuro y sin explicación aparente el que lo tocante a la condición sobre reversión se presentara vinculado a la cuestión de prórroga del contrato y a la aprobación de ésta por el Congreso, vinculación que resulta de los términos expresos de tal proposición según acaba de verse, consideró la Sala que, dada la importancia de la cuestión y en atención principalmente a ella, debía dictarse un auto para mejor proveer, el cual efectivamente fue dictado con fecha 18 del pasado mes de agosto.

En la inspección ocular por tal auto decretada, que tuvo lugar en el Ministerio de Minas y Petróleos el día 28 del expresado mes de agosto, con asistencia de los Magistrados que componen la Sala, de los representantes de las partes litigantes y de los testigos actuarios nombrados por la Corte, doctores Eduardo Restrepo Sáenz y José Hernández Arbeláez, fueron leídos algunos documentos que constituyen antecedentes del contrato de traspaso celebrado el 25 de agosto de 1919. De varios de los documentos leídos se tomaron copias fotostáticas que obran hoy en el proceso.

Entre ellos tienen singular importancia un proyecto de resolución, escrito a máquina, en papel sellado, y que lleva fecha 6 de junio de 1919, importancia que resulta de ser dicho proyecto de resolución el antecedente inmediato, a juicio de la Corte, de la Resolución de 20 de junio de 1919, tántas veces mencionada en este fallo, y el que se tuvo en cuenta en la sesión del Consejo de Ministros de 14 de junio de 1919 antes citada.

Se funda este parecer de la Corte, tanto en la circunstancia de que no figura entre los antecedentes otro proyecto de resolución que lleve una fecha tan inmediatamente anterior a la de la sesión referida del Consejo de Ministros, de 14 de junio del mismo año, en la práctica identidad de sus términos con los de la Resolución de 20 de junio de 1919 (circunstancia que no ocurre con un proyecto de Resolución de 30 de mayo de 1919 y que se atribuye al ex-Secretario del Ministerio de Obras Públicas doctor Jorge de la Cruz) y en que lo suprimido o variado de tal proyecto de 6 de junio de 1919, según lo que aparece luégo en la Resolución de 20 de junio de 1919, resulta hecho en consonancia con lo aprobado por el Consejo de Ministros el día

14 de junio de 1919 y de lo cual se hizo antes mención en este fallo.

En efecto, bajo la *condición 3ª* del proyecto de resolución de 6 de junio de 1919, figura como participación que debía percibir el Gobierno en la explotación, el doce por ciento (12%) del producto bruto; y, como es sabido, siguiendo al respecto la opinión del Consejo de Ministros en la proposición aprobada en su sesión de 14 del mismo mes de junio, aparece ya rebajado ese porcentaje al 10%, en la respectiva *condición* que figura en la Resolución de 20 de junio de 1919. Es digna de anotarse la circunstancia especial de que la cifra doce (por ciento) del proyecto de resolución de 6 de junio, de que se viene hablando, aparece allí testada y puesta sobre tal cifra, y como en sustitución, la del diez (por ciento).

Como *condición 6ª* del proyecto de Resolución de 6 de junio aparece la siguiente:

"6ª Que a la expiración del contrato, por cualquier motivo y en cualquier momento queden de propiedad de la Nación, a título gratuito, todas las obras y todos los edificios, máquinas, aparatos, enseres, utensilios, instrumentos, herramientas, cables aéreos, telégrafos, teléfonos, y en general todos los elementos de explotación, y los destinados al servicio de ésta, y todos los medios de comunicación y transporte empleados por la Empresa dentro o fuera (se advierte que las palabras 'o fuera' aparecen entre líneas manuscritas y a modo de corrección del texto original) de los límites de la concesión, en el estado en que se encuentren, con exclusión del oleoducto de salida para el petróleo, que se construya hasta el puerto fluvial de embarque fuera de la concesión o hasta un puerto marítimo, y de las otras obras construídas, materiales, accesorios, enseres, etc., fuera de la concesión primitiva.

"Para el caso de que al expirar los treinta (30) años de la concesión, ésta se prorrogare por veinte (20) años más, al vencimiento de esta prórroga, quedará de propiedad de la Nación, a título gratuito, todo lo expresado en el inciso anterior, sino también el oleoducto de salida a que se refiere el mismo inciso, en toda su extensión, y también los muelles y demás obras, edificios, maquinarias, elementos, enseres, accesorios, etc., etc., que la Compañía tenga en la República para la explotación de la empresa. Es entendido que, en igualdad de circunstancias, la Compañía tendrá la preferencia para que se le conceda dicha prórroga."

Mas ya en la Resolución de 20 de junio no figura dicha *condición*, que aparece, además, marcada en el proyecto dicho con signos, consistentes en rayas verticales, paréntesis, etc., puestos sobre su texto; que, a juicio de la Corte manifiestamente indican que, con posterioridad a su escritura en el papel sellado, y después de haberla corregido, se resolvió suprimirla en su integridad, supresión que se explica, según el parecer de la Corte, por razón de la opinión dada por el Consejo de Ministros bajo el ordinal b) de la proposición aprobada y antes transcrita, proposición que, como ya se sabe, fue presentada por el señor Ministro del Tesoro.

En cambio en la Resolución de 20 de junio aparece como *condición* sustitutiva marcada con el ordinal 6º, una que dice así:

"6ª Que si fuere el caso de otorgar una prórroga se pactarán oportunamente entre el Gobierno y la Compañía cesionaria los términos y condiciones de ella y se someterá a la aprobación del Congreso."

Todo parece indicar que esta nueva condición que no figura en ningún proyecto anterior, ni tampoco en el de 6 de junio de 1919, obedeció a la opinión manifestada al respecto por el honorable Consejo de Ministros bajo el ordinal b) de la proposición aprobada el día 14 de junio de 1919. Y sea ésta la oportunidad de observar en el presente fallo que no hay constancia alguna en el proceso, consistente en prueba documental y preconstituída que obre entre los antecedentes del contrato de 1919, de que la Compañía a la cual se le hizo el traspaso hubiera solicitado del Gobierno la supresión de cláusula alguna de reversión.

Y puesto que mal se le puede dar el valor de tal prueba a la carta privada del doctor Jorge de la Cruz, escrita por él en el año de 1922 y en su calidad ya de particular, dirigida al abogado de la Compañía y presentada al juicio para tratar de demostrar el interés de dicha Compañía *Tropical Oil Co.*, en que se prescindiera, en el contrato de traspaso, de la reversión. Dicha carta, por lo demás, no fue ratificada bajo juramento con citación de la parte contraria, precisamente por haber ocurrido con anterioridad la muerte de su autor.

De otro lado, la expresada carta manifiesta en lo fundamental una simple creencia personal del autor, fundada además en razones muy discutibles según las constancias ciertas del proceso. Tal creencia, en lo esencial, la manifiesta el doctor De la Cruz así:

"Creo que el espíritu o intención del Gobierno, de una parte, y de la Tropical Oil Company, de la otra, fue en definitiva, es decir, una vez terminada la discusión de las condiciones, que no se impusiera a la Compañía la obligación de entregar al Estado en propiedad los edificios, máquinas, enseres y demás elementos de la ex-

plotación, al vencimiento del plazo de la concesión...."

Y continuando ahora el estudio del punto de la reversión a base de las genuinas constancias del proceso, hay lugar a hacer un análisis comparativo entre la *condición* sobre reversión antes transcrita (ordinal 6º) del proyecto de resolución de 6 de junio de 1919, y la cláusula de reversión del modelo de póliza (número 10), también copiada antes.

Resulta de dicha comparación que las principales y muy trascendentales diferencias entre una y otra cláusula son, en sentir de la Corte, las siguientes:

1ª Dentro del alcance normal de la cláusula 10ª del modelo de póliza, puesta desde luégo en relación con la letra b) del artículo 110 del Código Fiscal de 1912 (Ley 110 de 1912), precepto legal que fue antes copiado (véase también artículo 1118 del Código Fiscal de 1873), y estando comprendida la construcción de oleoductos a puertos fluviales o marítimos como parte de la explotación, parece no habría lugar a exceptuarlo de la reversión treintenal y gratuita, como expresamente lo exceptuaba el ordinal 6º o mejor, condición 6ª referida, del proyecto de resolución de 6 de junio de 1919.

2ª) La reversión en el modelo de póliza no aparece vinculada en forma alguna a prórroga del contrato.

Por el contrario, en el ordinal 6º del proyecto al cual se viene haciendo referencia, y sin advertencia alguna de que tal prórroga sería sometida a la aprobación del Congreso, se dice textualmente a este propósito:

"Para el caso de que al expirar los treinta (30) años de la concesión, ésta se prorrogare por veinte (20) años más, al vencimiento de esta prórroga, quedará de propiedad de la Nación, a título gratuito, todo lo expresado en el inciso anterior, sino también el oleoducto de salida a que se refiere el mismo inciso, en toda su extensión, y también los muelles y demás obras, edificios, maquinarias, elementos, enseres, accesorios, etc., etc., que la Compañía tenga en la República para la explotación de la Empresa. Es entendido que, en igualdad de circunstancias, la Compañía tendrá la preferencia para que se le conceda dicha prórroga."

3ª En el modelo de póliza en su cláusula sobre reversión, ni en parte alguna de ella, y para el efecto de garantizar una prórroga al concesionario, no se da derecho de preferencia para tal prórroga al expresado concesionario. En cambio, en la llamada condición sobre reversión del proyecto de 6 de junio de 1919 y de que se viene hablando se lee, todo ello relacionado con la reversión:

"Es entendido que en igualdad de circunstancias, tendrá la preferencia para que se le conceda dicha prórroga."

Y para que pueda palparse más directa y objetivamente las diferencias mencionadas con la cláusula 10ª sobre reversión del modelo de póliza, a continuación se copia de nuevo dicha cláusula.

Dice así:

"A la expiración, por cualquier causa y en todo tiempo, de este contrato, quedarán de propiedad de la Nación, a título gratuito, todas las obras, edificios, máquinas, aparatos, cables aéreos, herramientas, y en general todos los elementos de explotación y medios de comunicación empleados por el contratista, en el estado en que se encuentren."

Y no sobra copiar aquí la parte pertinente del artículo 110 del Código Fiscal de 1912 (Ley 110 de 1912), en el cual esta cláusula se inspira:

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

Interesa observar ahora como complemento de lo que se acaba de expresar que la *condición 9ª*, del proyecto de resolución de *6 de junio de 1919*, rezaba textualmente así:

"9ª Que la Compañía acepte igualmente las demás condiciones exigidas por las leyes y las especificadas en el Decreto ejecutivo número 435 de 1916 y el modelo de póliza, publicados en el *Diario Oficial* número 15740, de 10 de marzo del mismo año, referentes a las causales de caducidad del contrato, a la fianza y multa, al sometimiento a los Jueces y Tribunales de la República, a la renuncia expresa a entablar reclamación diplomática, a respetar los derechos de terceros legítimamente adquiridos, y demás estipulaciones contenidas en dicha póliza, en cuanto no fueren incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las presentes modificaciones."

Como bien se comprenderá, esta misma condición, y también bajo el ordinal 9º, subsistió idéntica en su contenido y también en su redacción en la parte dispositiva de la Resolución de 20 de junio de 1919. Bueno es recordar, en efecto, los términos precisos del referido ordinal 9º de la Resolución de 20 de junio de 1919, el cual, en efecto, es del siguiente tenor:

"9º Que la Compañía acepte igualmente las demás condiciones exigidas por las leyes y las

especificadas en el Decreto ejecutivo número 435 de 1916 y el modelo de póliza, publicados en el *Diario Oficial* número 15740, de 10 de marzo del mismo año, referentes a las causales de caducidad del contrato, a la fianza y multa, al sometimiento a los Jueces y Tribunales de la República, a la renuncia expresa a entablar reclamación diplomática, a respetar los derechos de terceros legítimamente adquiridos, y demás estipulaciones contenidas en dicha póliza, en cuanto no fueren incompatibles con las estipulaciones del contrato de concesión y con las presentes modificaciones."

—

Se comprende, además, que en materia de reversión y a la luz del contenido del proyecto de resolución de 6 de junio, era aplicable el modelo de póliza, pero no en cuanto estuviera sustituida o subrogada por la reversión, *sui generis* de la condición 6ª del mismo proyecto de resolución de 6 de junio, cláusula de reversión esta última fundamentalmente *modificativa* de la cláusula de reversión del modelo de póliza.

En términos tales que, según ese proyecto de resolución de 6 de junio de 1919, en punto de reversión era aplicable el modelo de póliza, solo "en cuanto no fuera incompatible" desde luégo con las modificaciones, que traía la transcrita *condición 6ª* del proyecto de resolución de 6 de junio de 1919, condición 6ª que, en concepto del Consejo de Ministros, debía suprimirse y que efectivamente se suprimió en la Resolución de 20 de junio de 1919.

Y gracias a la supresión de esa *condición-modificación* (condición 6ª del proyecto de 6 de junio de 1919), la cláusula usual de reversión (número 10) del modelo de póliza vino a quedar restaurada y valedera en su prístino alcance y significación. Y ello merced al propio tiempo, a la referencia al modelo de póliza mencionado, referencia expresa que hizo el proyecto de resolución de 6 de junio de 1919 (condición 9ª); y que continuó haciéndola la propia Resolución de 20 de junio del mismo año, pero ya sin limitación alguna al alcance propio de tal póliza, ni a su significado comprensivo de la reversión del tipo común.

En otros términos, lo ocurrido consistió simplemente en que la cláusula 9ª del proyecto de 6 de junio de 1919 (9ª también de la Resolución de 20 de junio de 1919) ordenaba aplicar la póliza en cuanto no apareciera modificada en dicho proyecto de resolución.

Pero había, en efecto, allí una modificación consistente en la referida *condición 6ª* de dicho proyecto de resolución, condición llamada a darle a la reversión características especiales.

Y precisamente, por haber quedado eliminada tal modificación merced a la proposición aprobada en el Consejo de Ministros, subsistió entonces la reversión de tipo ordinario (artículo 10 de la póliza) como parte integrante del contrato de traspaso que luégo fue celebrado por el Gobierno Nacional.

Y es que si alguien unilateralmente, prevé y proyecta en un instrumento jurídico (proyecto de resolución de 6 de junio de 1919), un caso o reglamentación de *excepción* manifiesta y luégo expresamente lo suprime o elimina del instrumento dicho, tal supresión sin duda alguna deja vigente e intacta la regla general que figuraba ya en ese mismo instrumento consignada. Y es tal regla general, en el caso de este litigio, la condición 9ª del proyecto de resolución de 6 de junio de 1919 que, en su integridad e intacta, fue llevada luégo a la Resolución de 20 de junio de 1919 (también condición 9ª) y posteriormente, y en lo pertinente, reproducida en la cláusula 21ª del contrato de traspaso de 25 de agosto de 1919, celebrado con *Tropical Oil Company*.

Podría explicarse en opinión de la Corte que el Consejo de Ministros hubiera aconsejado la supresión de dicha cláusula especial de reversión contenida en la *condición 6ª* del proyecto de resolución de 6 de junio de 1919, desde luégo por no afectar tal supresión la reversión ordinaria y usual del modelo de póliza (artículo 10 de ese modelo) y según lo que se acaba de demostrar, y también por tratarse de una cláusula concreta y *sui generis* sobre reversión que bien podría haberse mirado como legalmente inaceptable; y, en consecuencia, inconveniente por todo concepto.

Y por cuanto es obvio que si la Nación tenía que decidirse por una prórroga; y, para que toda reversión se consumara, era forzoso esperar previamente por veinte años más.

Bien se comprende, además, que la fijación de antemano del término cierto de 20 años como período propio de la prórroga; y la declaración de que en igualdad de "circunstancias" tendría preferencia la Compañía "Tropical Oil Company" para tal prórroga, implica una limitación al derecho de libre contratación por parte del Estado, limitación ésta que por su naturaleza misma, carecería del respaldo legal necesario.

Y si a todo esto se une el hecho de no aparecer en dicha *condición 6ª* la salvedad de que la prórroga para ser efectiva debía someterse a la aprobación del Congreso, contribuye ello a explicar la actitud del Consejo de Ministros cuando en 14 de junio de 1919 aprobó la conocida proposición presentada por el señor Ministro del Tesoro.

En realidad de verdad no hay constancia valedera en el proceso para admitir que la Compañía cesionaria exigió categóricamente el que se prescindiera en absoluto de todo género de reversión; pero según lo que se dejó antes establecido, al tratarse de la cláusula o *condición 6ª* de reversión de que se viene hablando, parece lo más probable que el interés de la Compañía cesionaria estuviera en el sentido de que esa cláusula especifica no hubiera sido suprimida, sino preferentemente conservada en su contrato, desalojando así la cláusula 10ª del modelo de póliza, que fue la que definitivamente vino a quedar como parte integrante del contrato de 1919.

Se observa ahora a este mismo propósito de la reversión, que no es procedente como razón jurídica, a fin de sostener que al contrato de 1919 no le bastaba para comprender la reversión la simple referencia de la cláusula 21ª de dicho contrato al modelo de póliza que expresamente la contiene, la razón consistente en que, por cuanto la de reversión es una cláusula de cierta importancia, por su importancia misma, ha debido figurar directamente en el texto principal del contrato en consideración.

Porque es incuestionable hoy la práctica contractual de que, cuando en un documento se hace expresa referencia a otro que en él debe mirarse como incorporado, la persona que así lo suscribe, en realidad procede como si firmara un documento que contiene aquel al cual se hace referencia (*Verba illata inesse videntur*).

Y tal norma de aplicación diaria y constante se extiende al caso de *anexos, memorándumes, inventarios, planes,* etc. Mas no se sabe que, para el efecto de hacer esta incorporación jurídica haya lugar a distinguir si el contenido o los distintos contenidos, del anexo, por ejemplo, son de importancia o no lo son y a fin de que la incorporación se dé por efectiva, o por el contrario, llegue a desecharse.

De manera que, al estar la cláusula usual de reversión, cualquiera que pueda ser la importancia de esta estipulación, incluída en el modelo de póliza, documento público por lo demás, que figura en el Diario Oficial número 15740 de 10 de marzo de 1916, es como si lo estuviera en la propia escritura de contrato de traspaso suscrita en Bogotá por las partes el día 25 de agosto de 1919.

Y queda así la existencia de la reversión a favor del Estado como punto plenamente establecido en el presente litigio.

Y no sobra advertir aquí que si la Compañía cesionaria *Tropical Oil Co.* en realidad aspiraba, como se ha pretendido ahora, a que no se operara reversión de ninguna naturaleza, lo que desde luégo está muy lejos de aparecer comprobado en el proceso, y siendo, por otra parte de cargo de la Compañía haber producido prueba plena al respecto ¿podrá concebirse siquiera que, si lo resuelto por el Consejo de Ministros el 14 de junio de 1919 y el considerando de la Resolución de 20 de junio del mismo año constituían precisamente una manifestación del triunfo de las aspiraciones de la Compañía, no hubiera exigido y conseguido posteriormente, al ser redactada la cláusula 21 de la escritura de 25 de agosto de 1919, que remite al modelo de póliza, el que de manera expresa e inequívoca quedara excluída de ésta la reversión usual y aneja a este género de contratos con el Estado, que trae dicho modelo de póliza? La más elemental prudencia se lo habría exigido así; y, de su falta de cautela a este propósito mal podría hacer hoy responsable a la otra parte contratante y en relación con un contrato escrito y solemne como el de 25 de agosto de 1919.

Mas por lo que ya hubo de expresarse en este fallo, el supuesto triunfo de las aspiraciones de la Compañía respecto a eliminación de toda reversión, no tiene otra calidad que la de una simple hipótesis desprovista de prueba adecuada en el proceso; y, aún más, dentro del campo jurídico, desprovista de verosimilitud y siendo así que la reversión en concesiones del Estado, bien puede considerarse por obra de su constante y tradicional aplicación en Colombia como uno de los principios generales del derecho público colombiano.

Mas no habrán de presentarse las consideraciones que preceden, y no obstante su pleno valor de convicción, como fundamento único para llegar en esta sentencia a la conclusión de que procede la reversión; y toda vez que hay otra razón de gran entidad, para llegar a la misma conclusión.

Se vio ya que el contrato de 1905 contiene implícitamente y por mandato legal la cláusula de reversión.

En efecto, en el capítulo de este fallo que se distingue con la letra "A" y que lleva por título *Naturalezas Jurídicas de la Concesión y de la Reversión,* hubo de demostrarse a cabalidad por la Corte que el contrato sobre concesión minera de explotación con refinación de petróleo de propiedad nacional, celebrado en el año de 1905 con el señor Roberto de Mares y que fue luégo traspasado a *Tropical Oil Company* en el año de 1919, llevaba implícita la reversión de los elementos de tal explotación.

Y para llegar la Corte a esa conclusión hubo de aducir como fundamento, además de los principios generales que gobiernan este género de concesiones, la de que el contrato de 1905 fue

celebrado bajo la vigencia del artículo 1118 del Código Fiscal de 1873 que instituía la reversión y que era aplicable a tal contrato por ministerio de la ley misma.

Empero si se llegara a aceptarse en oposición a lo que queda aquí expresado que el Consejo de Ministros, lo que pretendió en 1919 fue que, no obstante tratarse del traspaso de un contrato, éste fuera modificado en el sentido de suprimir la reversión pactada en el contrato que se trataba de traspasar, y si se aceptara también que ese orden de cosas subsistió, sin modificación alguna, hasta el momento de quedar perfeccionado el contrato en la escritura pública de 25 de agosto de 1919, forzoso sería considerar la supresión de tal cláusula a cuya existencia tenía derecho la Nación, merced al contrato de 1905, como un acto claramente inválido por razón de su manifiesta ilegalidad (artículos 2º de la Ley 68 de 1870 y 1741 del Código Civil).

Merced a la existencia de ese vicio, habría lugar a dar aplicación al artículo 2º de la Ley 50 de 1936 (antes artículo 15 de la Ley 95 de 1890), y a declarar de oficio en este mismo fallo la existencia de una nulidad absoluta, y por cuanto dicha supresión que *novaba,* con perjuicio del Estado el contrato primitivo, no fue sometida, como hubiera debido hacerse, a la aprobación del Congreso, y por cuanto la existencia de tal derecho de reversión a favor del Estado ha sido precisamente uno de los puntos fundamentales sobre el cual versa en concreto este litigio.

Hubo de ser consideración capital que convenció a la Corte de que el plazo del contrato de 1919 y otras estipulaciones en él contenidas, y ello dentro del caso preciso de un contrato de traspaso de otro ya celebrado (el de 1905), bien podrían mirarse en general como manifiestamente favorables y beneficiosas para el país y en tal virtud aceptables y válidas aunque no hubiera sido sometido aquél a la aprobación del Congreso en esa oportunidad de 1919.

Mas si se llega al caso de la supuesta renuncia de 1919 de aquella reversión, implícitamente contenida en el contrato de 1905 como antes hubo de demostrarse, no podría sostenerse en verdad que tal renuncia o prescindencia de la reversión de tipo ordinario (cláusula 10ª del modelo de póliza) sea una renuncia benéfica para el país, circuntancia ésta que impediría reconocerle validez y eficacia a tal renuncia por cuanto no fue sometida a la aprobación del Congreso Nacional.

De manera que al fallar este litigio la Corte ha seguido un criterio uniforme, de la más estricta lógica, al aplicar el principio de la *unidad o uniformidad* que cumple poner en práctica en la interpretación de los actos jurídicos y en relación con todos los aspectos que éstos puedan presentar. Y por ello, al propio tiempo que habrá lugar a reconocer en la presente sentencia que la concesión sólo vence el veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y uno, también se declarará en ella que, al vencimiento del contrato, tendrá cabida la *reversión gratuita* a favor de la Nación.

Al referirse en lo fundamental esta controversia judicial a la reversión de los elementos de la explotación en general de la empresa, y en atención también a la parte petitoria de la demanda del señor Procurador Delegado en lo Civil, hay lugar a advertir que, por cuanto la concesión de 1905, así como el contrato de 1919 contienen como parte integrante del objeto de tales concesiones la transformación industrial del mineral extraído, es decir, la refinación del petróleo hasta el punto de que la refinería que menciona el contrato de 1919 podía y aún debía instalarse dentro de los límites de la concesión (cláusula 2ª del contrato de 1919), es obvio que los contratos de explotación de petróleo englobarón, como parte integrante de la explotación misma, la refinación del extraído de los yacimientos y de ahí que la reversión de los elementos de la explotación comprenda necesariamente los correspondientes a la etapa de refinación, en calidad ésta de parte integrante, según los contratos de 1905 y de 1919, de la explotación pactada.

—

En mérito de lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

a) Se niega la petición de que carece de todo efecto legal el artículo 3º de la Resolución ejecutiva de trece (13) de junio de mil novecientos veintiuno (1921), artículo que declaró que el término de la concesión principiaba el 25 de agosto de dicho año y que en esa fecha debió comenzarse la explotación;

b) Se niega lo solicitado por el señor Procurador Delegado en lo Civil bajo la petición 2ª de su libelo de demanda, por cuanto el contrato de concesión para la explotación de petróleo de propiedad nacional en los terrenos de que trata es-

te juicio, contrato primeramente celebrado con el señor Roberto de Mares el 6 de diciembre de 1905, traspasado en parte a Justo M. de la Espriella & Co., y últimamente en su totalidad a *Tropical Oil Company* según consta en escritura pública número 1329, de 25 de agosto de 1919, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá, termina naturalmente el dia 25 de agosto de 1951, por expiración del término fijado para su duración;

c) Se reconoce expresamente a cargo de la Compañía demandada y a favor de la Nación que, a la expiración mencionada del término del contrato, o sea, el veinticinco (25) de agosto de mil novecientos cincuenta y uno (1951), quedarán de propiedad de la Nación, a título gratuito, todas las obras, edificios, máquinas, aparatos, cables aéreos, herramientas, y en general, todos los elementos de explotación, incluídos en éstos los correspondientes a la refinación, y todos los medios de comunicación empleados por dicha Compañía contratista demandada, en el estado en que se encuentren;

d) Se niegan las excepciones propuestas por la parte demandada;

e) Quedan en esta forma resueltos todos los punto que fueron materia de debate en el presente litigio;

f) No hay lugar a condenación en costas.

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

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Chaves, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados por el accidente aéreo de Santa Ana

La responsabilidad del Estado en casos como el que constituye el objeto de este litigio se basa en la aplicación que ha de darse a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, en cuanto del contenido de esos preceptos legales se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a terceros, con ocasión del servicio prestado, recae sobre el empleador, quien en ese caso puede ser reconocido como responsable en virtud de una especie de presunción de culpabilidad consistente en falta de vigilancia o mala elección de su empleado o dependiente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

Después de surtidas las ritualidades propias de esta segunda instancia va a decidir la Sala acerca del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el presente asunto por el Tribunal Superior de Bogotá el día 30 de julio de 1942.

Hubo de ser interpuesta la alzada por ambas partes litigantes, o sea de un lado por el apoderado de la demandante señora Carmen Ospina v. de Ayarza, y del otro por el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior en representación de la Nación, parte demandada.

Fue presentado el libelo de demanda ante el Tribunal el día 14 de mayo de 1941 y se contienen en ellas (sic) las siguientes peticiones:

"I.—Que la Nación es responsable civilmente del daño o perjuicios causados a mi representada por efecto del siniestro aéreo militar ocurrido en el sitio de Santa Ana, Municipio de Bogotá, el día 24 de julio de 1938, a consecuencia del cual perdió la vida la señorita Graciela Ayarza Ospina, hija legítima de mi poderdante Carmen Ospina v. de Ayarza.

"II.—Que como efecto de lo anterior, se condene a la entidad demandada al pago de todos los perjuicios materiales sufridos por la reclamante con la pérdida de su hija legítima Graciela Ayarza Ospina en el accidente relacionado; y

"III.—Que se condene igualmente a la Nación a la indemnización debida a mi poderdante por razón de los perjuicios morales recibidos por la misma causa y por la forma trágica, violenta e inopinada como se efectuó la muerte de su hija."

Y en cuanto a los hechos fundamentales de la demanda los relacionó el demandante así:

"a) El accidente aéreo, a causa del cual perdió la vida la señorita Graciela Ayarza Ospina, se efectuaba dentro de una revista militar organizada y patrocinada oficialmente por el Ministerio de Guerra, y bajo este concepto, el Oficial de arma aérea que efectuaba las maniobras era un miembro activo del Ejército y obraba en tales circunstancias como un agente ejecutor de las órdenes e instrucciones del propio Ministerio de Guerra, a cuyo cuidado estuvo la organización de la revista militar;

"b) La causante de este reclamo, señorita Ayarza Ospina era persona joven, de veintidós (22) años de edad, de magnífica salud, y su muerte se debió exclusivamente al efecto mortífero de las heridas y quemaduras recibidas en el día del accidente, en el Campo de Santa Ana;

"c) Por efecto de la muerte de aquélla, su madre y sus hermanitos menores, han perdido el único apoyo directo y efectivo con que contaban, habida consideración de las excelentes condiciones de la muerta, la que con amor y cariño a su madre y hermanos dedicaba todo el fruto de su trabajo a las atenciones del hogar;

"d) La señorita Ayarza proveía, además, con el fruto de su trabajo, a la educación de sus menores hermanos;

"e) Profesionalmente, la causante señorita Ayarza producía mensualmente ochenta y seis pesos ($ 86) en el empleo que desempeñaba en la casa de Richard & Co., y como resultado de las clases particulares que dictaba de mecanografía y costura, en horas extraordinarias;

"f) Al morir la señorita Ayarza Ospina se preparaba a desempeñar un puesto de la mayor remuneración que se le ofrecía, debido a sus con-

diciones de honorabilidad y competencia, según quedará establecido oportunamente;

"h) Con la muerte de su hija, mi representada no sólo ha sufrido el menoscabo consiguiente a la privación del apoyo material que aquélla le prestaba para subvenir a las necesidades del hogar y a las exigencias de la educación de sus hermanitos menores, sino también perjuicios graves emanados del hecho trágico de la muerte, todo lo cual ha constituído para mi representada fuente de penas y dolores en el concepto de verdaderos daños morales."

Como fundamento de derecho para la demanda fueron aducidos el artículo 19 de la Constitución Nacional, el Título 1º del Libro 2º del Código Civil, el Título 34 del Libro 4º del mismo Código, el artículo 1494 *ibídem*, el artículo 34 de la Ley 57 de 1887 y la Ley 100 de 1938.

Además fueron presentados con la demanda los siguientes documentos: partidas de nacimiento y de defunción de la señorita Graciela Ayarza Ospina; copia de una diligencia pasada ante el Juez 4º de Instrucción Criminal relativa a la causa de la muerte de la misma; acta de defunción del señor Miguel A. Ayarza, padre legítimo de aquélla; y copia de una sentencia del Consejo de Estado que decretó un auxilio por la cantidad de $ 1.032 a favor de la demandante señora Ospina v. de Ayarza por causa del accidente de aviación debido al cual pereció su hija, la señorita Graciela.

Admitida la demanda por el Tribunal y corrido el traslado respectivo al señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá, dicho funcionario le dio contestación, por escrito de 8 de julio de 1941, y de manera adversa a las pretensiones de la parte demandante.

Finalizó el juicio en la primera instancia con la sentencia antes mencionada de 30 de julio de 1942. La parte resolutiva de dicho fallo dice así:

"Primero. La Nación colombiana es civilmente responsable de todos los perjuicios, tanto de orden *material* o económico como de orden *moral* o afectivo, sufridos por la demandante Carmen Ospina v. de Ayarza con ocasión de la muerte trágica de su hija Graciela Ayarza Ospina, hecho ocasionado por las heridas y quemaduras que sufrió el día 24 de julio de 1938 en el Campo de Santa Ana, durante la revista militar que en esa fecha y lugar se verificó.

"Segundo. El monto líquido de todos los daños expresados se fijará al ejecutarse el presente fallo, según el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

"Tercero. Sin costas la instancia."

En esta segunda instancia presentaron en la debida oportunidad alegatos escritos, tanto el representante de la parte demandante como el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Observa el apoderado de la parte demandante en el alegato aludido que cree que el fallo de primer grado debe ser modificado pero únicamente "en cuanto se abstuvo de fijar el valor de los perjuicios morales subjetivos", y por cuanto considera que "en el expediente hay suficiente cúmulo de elementos de donde pueden aquéllos deducirse, habida consideración a que aquellos no son materia de dictamen pericial". Y luégo agrega el mismo autor del alegato: "Y apenas soy prudente, al pedir, como lo hago con todo comedimiento, que se fije por este concepto el máximum de lo posible: el hondo afecto que caracterizaba las relacoines de madre e hija, aumentado con el cúmulo de virtudes y cualidades de ésta, de lo cual hay pruebas sobresalientes en el expediente y el factor esencial de haber sido ella el sostén de la familia, no dejan duda acerca de ser mi solicitud apenas razonable.

"En consecuencia, pido se profiera fallo confirmatorio, salvo la adición anotada."

De su lado el señor Procurador Delegado en lo Civil concluye su alegato con el siguiente pedimento:

"Este Despacho solicita, pues, con base en las anteriores consideraciones se adicione la sentencia apelada en el sentido de dejar claramente establecido que de la suma total por indemnización se deduzca lo que la parte actora haya recibido a virtud de la sentencia del Consejo de Estado."

Se colige de lo expuesto que ambas partes están en el fondo de acuerdo con lo resuelto en el fallo de primera instancia con las únicas salvedades ya expresadas, es decir, que la parte demandante aspira a que de una vez en el presente fallo se fije el monto de los perjuicios morales subjetivos; y que por lo que incumbe a la parte demandada, o sea la Nación, su representante pide que del importe de la condenación se deduzca la cantidad de mil treinta y dos pesos ($ 1.032) correspondiente al auxilio reconocido a favor de la señora demandante por el Consejo de Estado, en armonía con la Ley 100 de 1938, y según lo que antes hubo de expresarse en la presente providencia.

Como habrá de verse en seguida, y, puesto que la sentencia recurrida es inobjetable a juicio de la Corte en lo que toca con las apreciaciones en general en aquélla contenidas sobre el derecho aplicable y sobre los elementos probatorios del proceso, hay lugar a acceder en el presente fallo a lo solicitado, según se vio ya, tanto por el representante de la señora demandante como por el señor Procurador Delegado

en lo Civil en su calidad de vocero de la Nación. En efecto: como lo observa el Tribunal, está plenamente comprobado en autos, con las probanzas adecuadas, la muerte de la señorita Graciela Ayarza Ospina en el conocido accidente de aviación de Santa Ana (véanse folios 2 y 3 del cuaderno principal), ser aquélla hija de la demandante señora Ospina v. de Ayarza y de su esposo señor Miguel A. Ayarza, ya fallecido (folios 1 del cuaderno principal y 2 del cuaderno de pruebas de la parte demandante), el haber vivido dedicada la señorita Ayarza en época inmediatamente anterior a trabajos de índole varia y especialmente como empleada permanente en un almacén de la ciudad de Bogotá, es decir, a trabajos remunerados en dinero, la ayuda que con el precio de su trabajo prestaba en casa de su madre (folios 15 y siguientes del cuaderno de pruebas de la parte demandante); y, finalmente, como lo ha reconocido la Corte en otros casos referentes también al accidente de aviación de Santa Ana, sea por razón de la conducta observada por el Teniente Abadía, quien manejaba el avión del accidente; o bien por deficiencias imputables directamente a la Dirección Nacional de Aviación, hay lugar a reconocer responsabilidad civil a cargo del Estado en razón de los daños causados por el accidente de aviación mencionado y según elementos probatorios que obran también en este proceso.

Por lo que toca con el derecho aplicable al caso del litigio, pone de presente el Tribunal en su fallo, y en armonía ello con jurisprudencia reiterada de esta Corte, que la responsabilidad del Estado en casos como el que constituye el objeto de este litigio, se basa en la aplicación que ha de darse a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, en cuanto del contenido de esos preceptos legales 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, recae sobre el empleador, quien en ese caso puede ser reconocido como responsable en virtud de una especie de presunción de culpabilidad consistente en falta de vigilancia o mala elección de su empleado o dependiente.

Resultando por el concepto indicado la responsabilidad del Estado en este caso especial de la muerte de la señorita Graciela Ayarza Ospina, y sin que ello excluya en casos de la índole del actual una posible responsabilidad más directa del Estado mismo o por conducto de sus Organos superiores, como la Dirección Nacional de Aviación, es jurídico llegar a la condenación de la Nación a indemnizar perjuicios en el sentido indicado en la demanda.

Empero como aunque está comprobado que la demandante sufrió perjuicios materiales con la muerte de la señorita Ayarza y por cuanto hubo de faltarle su ayuda pecuniaria, no lo está el monto líquido de esos perjuicios, parece bien que el Tribunal haya remitido en la parte resolutiva de su fallo al incidente de liquidación que instituye el artículo 553 del Código Judicial.

Por lo que toca con los perjuicios morales subjetivos o de afección, es decir, por razón de la pena causada a la señora Ospina v. de Ayarza a causa de la muerte de su hija, ha de observarse que son perjuicios cuyo valor pecuniario puede ser señalado directamente en el presente fallo, ya que ese señalamiento puede tener lugar en casos como el presente mediante la aplicación del artículo 95 del Código Penal, según lo tiene también admitido la jurisprudencia de la Corte. Esa disposición legal es del siguiente tenor:

"Artículo 95. 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".

Se considera aceptable fijar en este asunto el máximo de indemnización que estatuye la disposición legal transcrita, en atención al vínculo de parentezco entre madre e hija, a las cualidades personales de ésta según las constancias de los autos, etc., circunstancias que hacen presumir el más alto grado de intensidad en la pena de la madre por la muerte trágica de su hija. Es decir, que a estos respectos será modificada la sentencia de primera instancia en el sentido de reconocer a favor de la demandante y por el concepto simplemente de daños morales subjetivos la cantidad de dos mil pesos moneda legal ($ 2.000), que como indemnización máxima señala el artículo 95, antes transcrito, del Código Penal.

Mirado ahora el asunto por el aspecto que presenta el señor Procurador Delegado en lo Civil, o sea el de que en la parte resolutiva del fallo de la Corte expresamente se reconozca que hay lugar a deducir del monto de la condenación el importe del auxilio cuyo pago decretó el honorable Consejo de Estado a favor de la demandante, se advierte que así habrá de hacerse por cuanto el reconocimiento del auxilio, según consta de autos, se hizo precisamente a base de que su valor fuera abonado al monto de una condenación judicial a cargo de la Nación si

ella llegaba a ocurrir y por cuanto es lo jurídico que la declaración correspondiente a tal deducción en el presente fallo, sea hecha en la parte resolutiva de él.

Para la liquidación de que habla el artículo 553 citado del Código Judicial, habrá lugar a tener en cuenta, y atendida la prueba pericial adecuada y demás que puedan ser conducentes, el valor de la privación de la ayuda mensual que sufrió la madre por la muerte de la hija y el lapso durante el cual esa ayuda probablemente habría tenido lugar si la hija no hubiera perecido por el accidente de aviación de Santa Ana. Para esto último pueden ser consultadas las tablas de probabilidad de duración de la vida humana que emplean las Compañías de Seguros de Vida. Y habrá de tenerse también en cuenta a este respecto, no sólo la probable duración de la vida de la hija que pereció en el accidente de aviación, sino también la de la madre, a fin de que el cómputo definitivo se opere con el factor de la vida de menor duración, que es la que necesariamente tiene que corresponder, como es obvio, al período de duración de las prestaciones a que se habría atendido, a favor de su madre por parte de la hija fallecida en el accidente.

En mérito de lo que se deja expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla:*

1º La Nación colombiana es civilmente responsable de todos los perjuicios tanto de orden material o económico como de orden moral o afectivo, es decir, de los perjuicios morales subjetivos, sufridos por la demandante señora Carmen Ospina v. de Ayarza con ocasión de la muerte trágica de su hija Graciela Ayarza Ospina, hecho ocasionado por las heridas y quemaduras que sufrió el día 24 de julio de 1938 en el Campo de Santa Ana, durante la revista militar que en esa fecha y lugar se efectuó;

2º El monto líquido de los perjuicios de orden material se fijará al ejecutarse el presente fallo según el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial. De la cantidad que entonces se fije habrá de deducirse previamente la de mil treinta y dos pesos ($ 1.032) que se hayan pagado a la misma parte demandante en calidad de auxilio decretado por el Consejo de Estado según lo consignado en la parte motiva de este fallo;

3º Se condena a la Nación a pagar a la demandante, señora Carmen Ospina v. de Ayarza, la cantidad de dos mil pesos moneda legal ($ 2.000) por concepto de perjuicios morales subjetivos;

4º Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el día 30 de julio de 1943.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Chaves, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Responsabilidad civil por perjuicios.—Cálculo de la capacidad productiva de una persona

Ha dicho ya la Sala que "el funcionamiento irregular y defectuoso del servicio puede originarse también en una falta personal del agente encargado de obrar. En tal caso sobre el comitente recae igualmente la obligación de reparar. Pero es necesario que la culpa del agente haya sido cometida, con intención o sin ella, al desarrollar y poner en práctica sus atribuciones. Es el caso de la función ejecutada con torpeza por malicia o simple negligencia. Surge en estas circunstancias una acción reparatoria doble en pro de la víctima: contra el comitente por la mala prestación del servicio (culpa in vigilando); y contra el empleado o agente por la culpa personal en que haya incurrido. Pero estas acciones tienen un carácter alternativo en el sentido de que no admiten acumulación, y que lograda la indemnización de uno, se carece de derecho para cobrarla también del otro".

2.—Calcular la capacidad productiva de una persona por lo que ella necesite para sostener el hogar, es punto de partida completamente arbitrario, alejado de la realidad. Con el mismo fundamento, al señalar los peritos cualquiera cantidad o suma mínima o máxima de pesos, se haría de aceptación forzosa, pues las necesidades de una persona o de una familia pueden hacerse ilimitadas o reducirse a cantidades irrisorias; en cualquier caso es el reinado de la arbitrariedad. Por eso la capacidad productiva tiene que relacionarse con algo real y tangible, con lo que la persona esté ganando en el negocio, actividad u ocupación perdida. De lo contrario la indemnización de perjuicios dejaría de ser reparación de daños efectivos para convertirse en motivo de especulaciones teóricas y terreno propicio a los desarrollos de la imaginación. Ese sistema de formular cálculos por abstracciones, ausentes de apoyo en la realidad económica acreditada procesalmente, cuando menos en las líneas principales en que debe descansar todo avalúo, lo tiene condenado la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La señora Isabel Reyes v. de Consuegra, en su propio nombre y en el de sus menores hijos, impúberes, Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes, por medio de apoderado, demanda a la Nación para que en juicio ordinario se declare que es civilmente responsable "de la muerte trágica del señor Eusebio Consuegra, ocurrida el 13 de agosto del año de 1938, a consecuencia de la rodada de una volqueta marca Ford, manejada por el chofer José del Carmen Rueda, al servicio de la Nación, rodada que tuvo lugar en el sitio denominado *El Afilador*, en el kilómetro 254 de la carretera Casanare-Sogamoso, jurisdicción de Sogamoso, muerte ocurrida en la noche del citado día 13 de agosto"; y que en consecuencia la Nación está obligada a pagar a la demandante y a sus menores hijos, en su condición de esposa legítima, la primera, y de hijos legítimos, los segundos, de Eusebio Consuegra, "la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000), suma en que estimamos los perjuicios materiales y morales causados por esa muerte trágica, o la suma que se fije por peritos en la forma legal".

En subsidio pide que las condenaciones se hagan a favor de la sucesión de Eusebio Consuegra.

La demandante apoya su demanda en los siguientes hechos:

"1º El señor Eusebio Consuegra entró a servir el cargo de Apuntatiempo de la carretera nacional Sogamoso-Casanare, el catorce (14) de febrero de mil novecientos treinta y siete (1937).

"2º El señor Eusebio Consuegra desempeñaba el cargo de Apuntatiempo de la carretera Sogamoso-Casanare el día trece (13) de agosto de mil novecientos treinta y ocho (1938), fecha de su muerte trágica, y había servido ese cargo, sin interrupción y observando muy buena conducta, desde la fecha mencionada en que entró a servirlo en la nombrada dependencia nacional.

"3º El trece (13) de agosto de mil novecientos treinta y ocho (1938) regresaba el señor Eusebio Consuegra, de su trabajo a su domicilio, situado en la ciudad de Sogamoso, en una volqueta marca Ford que estaba al servicio de la carretera Sogamoso-Casanare o carretera del Cusiana, manejada tal volqueta por el chofer José del Carmen Rueda, también al servicio de la Nación y quien manejó esa volqueta desde que la adquirió dicha empresa nacional de construcción.

"4º Hacia las cuatro de la tarde del dia trece (13) de agosto de mil novecientos treinta y ocho (1938), en el sitio denominado *El Afiladero*, vereda de la Primera Chorrera, en jurisdicción de Sogamoso, en el kilómetro 254 de la carretera Sogamoso-Casanare, la volqueta marca Ford manejada por el chofer al servicio de la Nación, señor José del Carmen Rueda, se desbordó de la carretera y rodó por una pendiente o abismo en un trayecto de ciento catorce metros aproximadamente.

"5º El accidente o rodada de la volqueta por el abismo o precipicio tuvo como causa el que la volqueta sólo podía soportar y conducir una y media tonelada de peso y en el momento del accidente se encontraba cargada y conducía un peso de más de tres toneladas, es decir, soportaba y conducía un sobrepeso del ciento por ciento, que unido al desgaste muy apreciable del vehiculo y a la pendiente de la carretera, impulsó la máquina y la precipitó al abismo.

"6º El accidente o rodada de la volqueta marca Ford conducida por el chofer de la Nación, señor José del Carmen Rueda, ocurrió a eso de las cuatro de la tarde del día trece (13) de agosto de mil novecientos treinta y ocho (1938), en el cual sufrió el señor Eusebio Consuegra enormes fracturas del cráneo que le produjeron la muerte en la noche del mismo día trece (13) de agosto de 1938.

"7º El señor Eusebio Consuegra tenia en la fecha del fallecimiento, cuarenta (40) años cumplidos.

"8º El señor Eusebio Consuegra contrajo matrimonio católico en Sogamoso el 22 de abril de 1935 con mi mandante la señora Isabel Reyes, y de ese matrimonio nacieron los hoy menores impúberes Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes.

"9º El señor Eusebio Consuegra murió a consecuencia de las fracturas del cráneo y demás heridas que sufrió en el accidente ocurrido por la rodada de una volqueta marca Ford, manejada por el chofer José del Carmen Rueda al servicio de la Nación, ocurrido el trece (13) de agosto de mil novecientos treinta y ocho (1938), en el kilómerto 254 de la carretera Sogamoso-Casanare, en el sitio denominado *El Afilador*, en jurisdicción de Sogamoso.

"10º El señor Eusebio Consuegra era persona muy ilustrada, pertenecía a la primera sociedad de Sogamoso y gozaba de reconocida honorabilidad.

"11º El señor Eusebio Consuegra sostenía su hogar compuesto de la esposa, mi mandante señora Isabel Reyes de Consuegra y de sus dos menores hijos, Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes, con el producido que le daba el puesto de Apuntatiempo de la carretera Casanare-Sogamoso, cuando ejercía ese cargo y con los demás rendimientos que le daban sus actividades particulares y negocios de distinto orden que siempre llevaba a cabo.

"12º El señor Eusebio Consuegra gozaba de muy buena salud y la muerte se debió únicamente a las fracturas del cráneo y demás heridas que sufrió a consecuencia de la rodada de la volqueta de que se habla en los hechos anteriores.

"13º Al morir trágicamente el señor Eusebio Consuegra, su esposa la señora Isabel Reyes de Consuegra y sus menores hijos Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes, quedaron sumidos en el dolor, dolor que perdura hoy y que subsistirá por largo tiempo, disminuyendo, como hasta ahora, sus capacidades físicas y morales para la vida.

"14º Al morir trágicamente el señor Eusebio Consuegra, mi mandante señora Isabel Reyes de Consuegra y sus menores hijos Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes, perdieron el apoyo material y moral que recibian en dinero y en cuidados personales de su excelente esposo y padre de familia, respectivamente.

"15º Al morir trágicamente el señor Eusebio Consuegra, su esposa e hijos han quedado en el abandono, sin recursos para la vida, sin medios para la educación de los menores, quienes por este motivo desmerecerán en posición social y no podrán seguir la carrera que su padre les hubiera costeado con el fruto de su trabajo.

"16º La sucesión intestada del señor Eusebio Consuegra, fue abierta y radicada en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Sogamoso, último domicilio del causante y en dicho juicio fueron declarados sus herederos su cónyuge señora Isabel Reyes de Consuegra y sus hijos legítimos Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes."

Esta demanda fue propuesta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad competente, y tramitada en primera instancia con audiencia del respectivo Fiscal, quien se opuso a las condenaciones pedidas. En sentencia de octubre 23 de 1942, el Tribunal desató

la contienda en forma adversa a la Nación, quien resultó condenada al tenor de lo que se transcribe:

"1º La Nación es responsable civilmente de los perjuicios, tanto materiales como morales sufridos por la señora Isabel Reyes v. de Consuegra y sus menores hijos Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes, en su condición la primera de cónyuge legítima que fue de Eusebio Consuegra, y éstos de hijos legítimos del mismo, cuya muerte ocurrió el 13 de agosto de 1938 a consecuencia del accidente o rodada de una volqueta marca Ford, de propiedad del Gobierno Nacional, manejada por el chofer José del Carmen Rueda al servicio de la Nación, hecho ocurrido en el sitio denominado *El Afilador*, en el kilómetro 254 de la carretera Sogamoso-Casanare, en jurisdicción de Sogamoso.

"2º Condénase a la Nación colombiana a pagar seis días después de ejecutoriada la presente sentencia, a la señora Isabel Reyes v. de Consuegra, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) como valor de los perjuicios morales no objetivados sufridos por ella por la causa indicada en el punto inmediatamente anterior.

"3º Al hacerse el pago de la suma anterior se le descontará a la señora Isabel Reyes v. de Consuegra la suma de setecientos treinta pesos ($ 730) que recibió del Tesoro Nacional como pago del seguro colectivo obligatorio, motivado por la muerte de su marido Eusebio Consuegra.

"4º Absuélvese a la Nación colombiana del pago de perjuicios morales objetivados por cuanto se ha demostrado que no se causaron.

"5º Absuélvese a la Nación colombiana del pago de perjuicios morales no objetivados demandados para Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes por razón de que no se causaron, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

"6º Absuélvese a la Nación colombiana del pago de los perjuicios materiales de daño emergente, por cuanto está acreditado que no se causaron.

"7º Condénase a la Nación colombiana al pago del perjuicio material, por concepto de lucro cesante, por la cantidad de nueve mil pesos ($ 9.000) moneda corriente a favor de la señora Isabel Reyes v. de Consuegra y de sus menores hijos Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes, por reconocérsele a cada uno de los actores la suma de tres mil pesos ($ 3.000) moneda corriente como monto total para cada uno, por concepto del perjuicio anotado, pago que se hará seis días después de la ejecutoria del presente fallo.

"No se hace condenación en costas por ser la Nación la demandada."

El juicio está ahora a la consideración de la Corte, en segunda instancia, la cual fue provocada tanto por el recurso de apelación que interpuso contra el fallo anterior la parte demandante, como por la consulta a que debe someterse el mismo fallo en razón de haber sido condenado el Estado (artículo 508 del Código Judicial).

En la segunda instancia no hubo nuevo término probatorio. Y durante ella ambas partes volvieron a aprovechar, con sendos memoriales, traslados para alegar.

CAPITULO I

Personería sustantiva de la parte actora.

Conforme lo apunta el Tribunal, la personería sustantiva de la señora Isabel Reyes de Consuegra y de sus menores hijos está plenamente acreditada con las respectivas partidas de origen notarial, así como con la copia tomada del juicio de sucesión de Eusebio Consuegra, seguido ante el Juez 1º Civil del Circuito de Sogamoso, del auto por el cual se declaró abierto dicho juicio, se tuvo a la señora Isabel Reyes como cónyuge sobreviviente y se reconoció a los menores Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes, herederos legítimos del causante en su condición de hijos legítimos.

Con el libelo de demanda también se acompañó la partida de defunción de origen notarial de Eusebio Consuegra, de la cual aparece que murió el 13 de agosto de 1938, a las 7 de la noche, en la ciudad de Sogamoso, a causa de un accidente de tránsito, y a la edad de cuarenta años.

Con razón, pues, observa el Tribunal sentenciador que "las anteriores pruebas acreditan el parentesco y los lazos de sangre entre la actora y los menores en cuyo nombre ha demandado y el vínculo matrimonial que existió entre ella y su consorte muerto. El interés legítimo de las tres personas que aparecen como actoras, para demandar a la Nación, ora por el afecto quebrantado de madre y de hijos, o sea por los perjuicios morales demandados, ya por la lesión o quebranto material o de orden económico que las mismas personas hayan sufrido con ocasión de la muerte de Consuegra, plenamente se manifiesta y se prueba con los documentos relacionados. La demanda, pues, desde los puntos de vista de la personería sustantiva y adjetiva, es procedente".

CAPITULO II

El accidente de tránsito.

El día 13 de agosto del año de 1938, el señor Eusebio Consuegra, empleado de carácter nacio-

nal, como Apuntatiempo de la obra de construcción de la carretera nacional Sogamoso-Casanare, o del Cusiana, sector Sogamoso-Toquilla-Peña de Gallo, regresaba a su casa de habitación establecida en Sogamoso, transportado en una volqueta marca Ford, que estaba al servicio de la construcción de la mencionada carretera y que manejaba el chofer José del Carmen Rueda, dependiente o empleado de la misma obra.

Además del señor Consuegra, el vehículo trasportaba carga y numerosas personas, en su mayor parte trabajadoras de la obra.

Hacia las cuatro de la tarde la volqueta pasaba por el sitio denominado *El Afilador*, vereda de la Primera Chorrera, jurisdicción de Sogamoso, kilómetro 254, en donde la carretera tiene una pendiente muy fuerte, bajando la cual el vehículo se precipitó a un abismo, por donde rodó varios metros; en el accidente la máquina se destrozó, matándose varios de los pasajeros, y dejando heridos a otros.

El señor Consuegra sufrió graves fracturas, principalmente en el cráneo, de resultas de lo cual falleció a las siete de la noche, en Sogamoso, adonde habia sido trasladado.

El accidente así relatado se deduce sin contradicción de ninguna de las partes, del informe oficial que rindió al Ministerio de Obras Públicas, inmediatamente después de acaecido, el Ingeniero Jefe de la construcción de la carretera, doctor Campo Elías Bazurto, folios 9 y 10, cuaderno número 2; de la inspección ocular practicada por el Alcalde de Sogamoso en el sitio del accidente, en asocio de peritos; de las declaraciones e informe que éstos rindieron, señores Julio Ríos y Luis Chaparro, folio 32 del cuaderno número 3; y de la declaración del señor Víctor A. Abella, quien actuó también como perito en una diligencia sobre reconstrucción del accidente, folio 18 vuelto, cuaderno número 3.

En el expediente figuran, además, las resoluciones que se dictaron por el mencionado doctor Bazurto, y el Ministerio de Obras Públicas, sobre reconocimiento a la señora Isabel Reyes, de la suma de $ 730 "como valor del seguro colectivo obligatorio a que tiene derecho, como beneficiaria de Eusebio Consuegra, muerto al servicio de la carretera Sogamoso-Casanare", el día 13 de agosto de 1938, en el accidente producido por la rodada de la volqueta Ford.

El ingeniero Bazurto, en el informe citado que rindió al Ministerio de Obras Públicas sobre el accidente, dice lo siguiente respecto de sus causas: "El accidente, según dictamen de los empleados de circulación de Tunja, se debió al excesivo peso que traía la máquina, y yo agrego que también se debió a la fuerte pendiente que en aquel trayecto tiene la carretera (8%); lo que se está averiguando, y ésta la base de la investigación, es por qué trajo Rueda tánta gente en la volqueta, siendo así que según circulares de esta Dirección, cuyas copias acompaño, para poder viajar en las volquetas se necesita presentar el pase correspondiente y ese día solamente habían sido expedidos doce pases por el ingeniero Manuel A. Cerón, ayudante de construcción".

El Alcalde de Sogamoso en asocio de los peritos Luis Chaparro y Julio Ríos, dentro de las diligencias investigativas del accidente practicó una inspección ocular en el sitio de la tragedia; los peritos luégo de examinar allí los restos de la máquina destrozada, rindieron el siguiente concepto: "En esta fecha examinamos las diversas piezas de la volqueta rodada en el siniestro del trece de este mes, así: los frenos de la volqueta, tanto delanteros como traseros, se encuentran en perfecto buen estado, por encontrarse el advesto casi nuevo; revisamos la unión universal detenidamente y pudimos constatar que la cruceta y la carcasa de la unión se hallan completamente rotos; por tal motivo la máquina quedó descontrolada en toda forma por haberle faltado el freno del motor y ser deficientes los frenos de emergencia" (Folio 32, cuaderno número 3).

El perito Chaparro rindiendo declaración en este juicio manifiesta lo siguiente: "Sé y me consta por haber sido perito nombrado por la Alcaldía después del siniestro, para el examen de la volqueta y la reconstrucción del accidente, que las causas para que ésta se desviara y rodara en el citado punto el día trece de agosto de mil novecientos treinta y ocho y causara por motivo de esa rodada la muerte de varias personas, entre ellas el señor Eusebio Consuegra fueron las siguientes: Que la volqueta fue construída para soportar y conducir un peso de tonelada y media y en el momento de ocurrir el siniestro iba cargada con más de cuarenta personas y varios cajones, lo que representaba una sobrecarga de más de tres toneladas; y que la volqueta estaba muy desgastada por el servicio anterior; que los frenos funcionaban mal y posiblemente no obraron en el momento del siniestro".

El señor Víctor A. Abella (folios 18 y 18 vuelto del mismo cuaderno), quien dice haber actuado también como perito en la diligencia de reconstrucción del accidente, practicada por el Juzgado 1º Penal de Sogamoso, declara: "Por haberme trasladado con el Juzgado 1º Penal al lugar del siniestro y haberme empapado en las diferentes piezas del expediente levantado, sé que la volqueta traía un peso muy superior a tonelada y media para que está construída; y

que sus frenos obraban mal a consecuencia de desgastes debidos al uso. Constaté perfectamente el abismo a que cayó tal volqueta y ví los despojos de ella, pudiendo asegurar que a consecuencia de tal rodada perdió la vida el ya nombrado señor Eusebio Consuegra."

Además está comprobado que la volqueta rodada podía soportar técnicamente un peso hasta de tonelada y media. Había sido adquirida por el Gobierno con destino a las obras de la carretera Sogamoso-Casanare, en el año de 1937, y cuando se rodó tenía un recorrido aproximado de 37.000 kilómetros. (Folios 30 y 31 vuelto, cuaderno número 3).

Con el apoyo de todos estos elementos del proceso se puede aceptar, pues, sin dificultad, y así lo acepta también el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de conclusión ante la Corte, que la causa del siniestro debe radicarse en el excesivo peso con que se cargó la volqueta, superior a lo que era capaz de transportar normalmente, por lo cual al tomar la fuerte pendiente que la carretera tiene en el paraje de *El Afiladero,* los frenos fallaron y el impulso hízola precipitar al abismo.

De consiguiente no hay inconveniente en dar por acreditado el hecho 5º de la demanda, en donde se señala la causa del accidente, consistente en la imprudencia de cargar la volqueta con un peso superior al que podía transportar, lo que, "unido al desgaste muy apreciable del vehículo y a la pendiente de la carretera, impulsó la máquina y la precipitó al abismo".

CAPITULO III

La responsabilidad del Estado.

Si la culpa, conforme a definición generalmente aceptada, es el error de conducta en que no hubiere incurrido el tipo del hombre avisado y diligente colocado en circunstancias iguales, la responsabilidad de la Nación es manifiesta, pues se conoce que la causa del siniestro en que perdió la vida Eusebio Consuegra debióse en su mayor parte al descuido de haber cargado la volqueta con un peso grandemente superior al que podía resistir.

Consuegra era empleado del Gobierno al servicio de la construcción de la carretera, en donde pereció, y regresaba del trabajo a su domicilio, en un vehículo del Gobierno, dedicado a la misma construcción, cargado imprudentemente con demasiado peso por empleados también del Gobierno. Existe así una culpa probada por el demandante, referente a un acto constitutivo de un error de conducta, cometido por agentes del Estado.

¿Pero fue el chofer de la volqueta rodada, señor José del Carmen Rueda, quien por sí y ante sí asumió toda la responsabilidad de sobrecargar imprudentemente la volqueta para viajar, según lo sostiene el señor Procurador Delegado en lo Civil, en el alegato de conclusión de este representante de la Nación?

Tal hecho no aparece satisfactoriamente aclarado en el proceso, según va a verse.

En el particular sólo obra el dato que suministra el ingeniero Bazurto en el informe que como director de los trabajos de construcción de la carretera rindió al Ministerio de Obras Públicas con fecha 29 de agosto de 1938, informe cuya parte pertinente ya quedó transcrita atrás. Se recordará que allí el informante manifiesta que estaba siendo objeto de investigación la razón por la cual el chofer Rueda conducía tánta gente en la volqueta, con violación de las órdenes impartidas por la Dirección en circular cuya copia acompañó.

En la circular en que el ingeniero jefe señaló las funciones de los choferes de la carretera se lee la instrucción 4ª, que dice: "Emplear los camiones o máquinas únicamente en asuntos de la empresa. Les es terminantemente prohibido trasportar individuos extraños a ella y también carga de particulares o del empleado autorizado para expedir el permiso".

La orden, como se ve, sólo se refiere a que no se conduzcan personas y carga extrañas a la empresa. Ninguna prevención se hace a los choferes para que se abstengan de sobrecargar en exceso los vehículos. Además se sabe que la volqueta llevaba en el momento del siniestro carga y pasajeros superiores a su capacidad. Pero ignórase cuánta carga conducía, y si la que trasportaba era de la empresa o de particulares, llevada allí sin orden superior.

En la volqueta viajaba mucha gente, dice el ingeniero doctor Bazurto; entre la cual solamente había doce personas que tenían permiso del ingeniero Cerón. La empresa estaba investigando el motivo de esta irregularidad. Empero en el expediente no hay ningún dato posterior relativo a esa investigación. El demandado estaba en la obligación procesal de aclarar el punto, ya que en sus manos estaban todos los elementos y datos necesarios. Sería injurídico arrojar sobre la víctima del siniestro o sus herederos la obligación de dar explicaciones sobre sucesos ignorados por ellos que engendran defensas de la parte demandada. El demandante cumple plenamente su deber procesal suministrando la prueba del accidente, de los daños que recibió y del nexo causal entre aquel y éstos. Las circunstancias exonerantes de culpa en el acaeci-

miento del hecho dañoso, compete por entero acreditarlas al autor del daño.

Aun sobre la base misma de la defensa del señor Procurador, tampoco librariase la Nación de responsabilidad. Supóngase, en vía de discusión, que estuviera demostrado que el chofer transportó carga y pasajeros en cantidad mayor de la permitida, contra la orden expresa de los reglamentos dados por el Ingeniero Jefe. Esa hipótesis significaría que el chofer habría cometido una culpa personal que lo comprometería con la empresa. Pero que de suyo es inoperante a librar de culpa a la entidad de la cual depende el responsable directo.

En efecto, el chofer, cuando conducía la volqueta, actuaba en ejercicio de las funciones propias del cargo que desempeñaba en la empresa. Fue con ocasión del cumplimiento de aquellas funciones y en momentos en que se ocupaba en desempeñarlas, que él incidió en el error (esta sería su culpa) de recibir más carga y pasajeros en grado superior al que podía trasportar según los reglamentos de la empresa. Trataríase entonces de la función ejecutada con torpeza, sin cuidado, defectuosamente cumplida o irregularmente desempeñada por parte de un subalterno; empero, esas solas circunstancias generan a cargo del dueño o empresario del cual depende el subalterno una culpa consistente en la falta de control y vigilancia tendientes a garantizar en cada caso la observancia de los reglamentos de previsión prescritos por la empresa, de modo general.

Esta misma Sala ha dicho: "El funcionamiento irregular y defectuoso del servicio puede originarse también en una falta personal del agente encargado de obrar. En tal caso sobre el comitente recae igualmente la obligación de reparar. Pero es necesario que la culpa del agente haya sido cometida, con intención o sin ella, al desarrollar y poner en práctica sus atribuciones. Es el caso de la función ejecutada con torpeza por malicia o simple negligencia. Surge en estas circunstancias una acción reparatoria doble en pro de la víctima: contra el comitente por la mala prestación del servicio (*culpa in vigilando*); y contra el empleado o agente por la culpa personal en que haya incurrido. Pero estas acciones tienen un carácter alternativo en el sentido de que no admiten acumulación, y que lograda la indemnización de uno se carece de derecho para cobrarla también del otro" (*Gaceta Judicial*, tomo 52, página 118).

—

El señor Fiscal al contestar la demanda ante el Tribunal propuso la excepción de pago efectivo, en virtud de estar cubierto el seguro de vida obligatorio en las condiciones establecidas por las leyes que lo reglamentan, y haber cumplido la empresa, de acuerdo con las mismas leyes, la obligación correspondiente, según se infiere de la resolución dictada por el ingeniero Bazurto sobre pago a la viuda de la cantidad de $ 730, resolución confirmada por el Ministro de Obras Públicas.

El Tribunal, en la sentencia apelada, desecha la excepción. A ese fin aplica la doctrina de esta Sala de la Corte, contenida en sentencias de fechas 17 de julio de 1938 —*Gaceta Judicial*, tomo 46, página 680— y 6 de diciembre de 1938 —*Gaceta Judicial*, tomo 48, página 180—, según la cual las leyes sobre accidentes de trabajo descansan sobre la noción objetiva del riesgo profesional; de manera que su aplicación en un caso dado no enerva las acciones civiles fundadas en la culpa proveniente del mismo hecho.

En el presente negocio se reitera la aplicación de la doctrina de la Corte invocada por el Tribunal, sin más explicaciones, que redundarían ante la circunstancia de que el señor Procurador Delegado no insiste en la excepción de pago.

CAPITULO IV

Perjuicios.

I

En cuanto a los perjuicios de índole material, en el expediente aparece lo siguiente:

1º Eusebio Consuegra ingresó a los trabajos de la carretera con empleo de *Apuntatiempo* el día 14 de febrero de 1937, habiendo desempeñado este puesto sin interrupción, y con un jornal diario de $ 2, hasta el 13 de agosto de 1938, fecha en la cual pereció (certificado y declaración de folios 26, cuaderno número 3).

2º Los señores Eusebio Moreno, Jorge Archila y Aristides Archila (folios 22, 23 y 24 ibidem), declaran que con la muerte de Eusebio Consuegra su esposa e hijos, pertenecientes a la mejor clase social de Sogamoso, quedaron sin amparo y sin apoyo pecuniario de ninguna clase; y agregan los dos últimos que Consuegra sostenía el hogar "con el producido que le daba el puesto de Apuntatiempo en la carretera Sogamoso-Casanare y con el rendimiento de sus actividades particulares y negocios de distinto orden que siempre llevaba a cabo".

—

Con el objeto de justipreciar los perjuicios sufridos por los demandantes, en la primera instancia se produjo el correspondiente experticio elaborado por los peritos doctores Juan Uribe Cualla y José Vicente Morales, quienes rindieron concepto uniforme.

Haciendo el cómputo de lo que ganaba el señor Consuegra, los peritos manifiestan que "se constata un rendimiento diario de dos pesos ($ 2), dos con cincuenta ($ 2.50), dos pesos con setenta centavos ($ 2.70), dos pesos con ochenta centavos ($ 2.80), y tres pesos con treinta centavos ($ 3.30), lo que da un término medio diario de dos pesos con sesenta y seis centavos ($ 2.66), o sea un rendimiento mensual de setenta y nueve pesos con ochenta centavos ($ 79.80).

A esta conclusión llegan los peritos, apoyándose en un certificado que ellos acompañan al dictamen, en papel común, con el membrete de "Ferrocarril Central del Norte, Sección Primera", acerca de los jornales que Eusebio Consuegra devengó como empleado de dicho Ferrocarril por los meses de diciembre del año de 1927 a enero de 1929.

Y como Consuegra, según las declaraciones de los señores Archilas, tenía, además del sueldo como Apuntatiempo de la carretera, otras actividades que le producían ingresos, los peritos, con el objeto de fijar los ingresos totales, dicen que "hay que conocer los gastos necesarios para el sostenimiento de un hogar de las condiciones del formado por el señor Consuegra y su señora esposa, teniendo además en cuenta las condiciones personales de actividad, juicio, simpatía, dón de gentes, fortaleza física e intelectual del señor Consuegra".

Agregan los peritos que en un hogar, en las condiciones de las del señor Consuegra se gastan de $ 120 a $ 160 mensuales. Pero atendiendo a la equidad fijan en $ 140 la suma necesaria al sostenimiento de aquel hogar. Con esta base concluyen: "Si los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar de que se trata, se calculan, de manera justa y equitativa, en la cantidad de $ 140, y como para esos gastos ganaba el señor Consuegra en el empleo que desempeñaba y en sus actividades particulares y negocios que siempre realizaba, se deduce que el señor Eusebio Consuegra producía al mes la cantidad de $ 140. Así, pues, la capacidad productiva del señor Eusebio Consuegra al tiempo de fallecer era en término medio de $ 140 al mes, lo que da un rendimiento anual de $ 1.680."

El Tribunal, en la sentencia —obrando jurídicamente en el sentir de la Corte— rechaza el cálculo anterior de los peritos por infundado. Arguye, con razón, que éstos estiman la capacidad productiva de Consuegra otorgándole mérito al certificado de que fue empleado del Ferrocarril del Norte por los años de 1927 a 1929, el cual carece de valor, por haberse (sic) sido allegado al expediente irregularmente, fuera de las oportunidades previstas en el artículo 597 del Código Judicial.

"Pero hay otra consideración importante por hacer —agrega el sentenciador— y es la de que aun en el supuesto de que el certificado en cuestión tuviese mérito probatorio y constituyese una plena prueba sobre los hechos a que se refiere, estos hechos acreditados de que Consuegra desempeñó los varios puestos de que habla con las asignaciones o salarios diarios, no podrían los peritos haberlos tomado como fundamento para deducir el promedio diario de lo que produjera el señor Consuegra, porque aquellos puestos de Telefonista, Chequeador, etc. fueron desempeñados en un tiempo lejano y los jornales o sueldos que hubiera devengado en ese entonces no pueden tomarse como fundamento porque se rompería la congruencia lógica de la realidad al deducir como renta o como producción de un individuo no lo que éste produjera en el momento de su fallecimiento sino en un pretérito más o menos remoto o más o menos mediato. No es posible deducir como perjuicio para un caso de indemnización el que el damnificado hubiera tenido como renta o como capital en un tiempo distanciado con el del momento del daño, sin vinculación ninguna entre una y otra época.

"Para deducir el pretendido promedio y aceptarse, necesario habría sido que el señor Consuegra, al momento de su fallecimiento, hubiera estado desempeñando coetáneamente los diferentes cargos que se dice desempeñó hacía más de diez años y que recibiera por ellos los salarios indicados."

Y en cuanto al mérito que los peritos le atribuyen a las declaraciones de los señores Archilas acerca de que "Consuegra desempeñó actividades particulares y negocios de distinta índole, con cuyo producto completaba lo necesario para los gastos de su hogar", afirmación en la cual básanse los peritos para elevar a $ 140 el coeficiente de la capacidad productiva de Consuegra, el Tribunal observa:

"Hemos visto ya cómo los señores peritos sobre bases ilegales, y aun equivocadas en la apreciación, como lo dejamos demostrado, dedujeron que el señor Consuegra representaba un rendimiento mensual de setenta y nueve pesos con ochenta centavos ($ 79.80) por razón de salarios en cargos públicos. Pero no se contentaron con esto sino que elevaron esta suma a la de ciento cuarenta pesos como coeficiente definitivo, en término medio, de la capacidad productiva de Eusebio Consuegra al tiempo de fallecer y ese aumento de sesenta pesos diez centavos ($ 60.10) no lo fundamentaron ya sobre ninguna prueba legal o ilegal que registren los autos,

estimada o no estimada antes por el juzgador para que la base fuera firme, sino que lo hicieron sobre una apreciación testimonial cuyo mérito es absolutamente fallido, como atrás lo indicamos (los testimonios de Moreno, José Archila y Aristides Archila sobre que Consuegra 'desempeñó actividades particulares y negocios de distinta índole, con cuyo producto completaba lo necesario para los gastos de su hogar'), de un lado, y de otro, en cálculos caprichosos, sin ningún asidero en el expediente y desprovistos de todo fundamento apreciable por el Juzgador de lo que un hogar en Colombia, de la clase media, necesite como gasto mensual para su sustento y sobre un cálculo así caprichoso dieron ya no un concepto sino que apartándose de la realidad, dieron por sentado que el hogar del señor Consuegra necesitaba para su sustento la cantidad de ciento cuarenta pesos ($ 140) mensuales y que esta suma mensualmente la ganaba el señor Consuegra 'en el empleo que desempeñaba y en sus actividades particulares y negocios que siempre realizaba'.

"Aparte de que los peritos rebasaron los puntos fijados por la parte actora en su memorial de pruebas, no se encuentra acreditado que Consuegra hubiera desempeñado actividades particulares remunerativas y negocios comerciales que le hubieran producido renta en el monto establecido por los peritos para con el salario que desempeñaba, al tiempo de morir, como Apuntatiempo en la carretera nacional del Cusiana o Sogamoso-Casanare, completar sobre el valor mensual de salarios del cargo público expresado los ciento cuarenta pesos ($ 140) que los peritos caprichosamente estimaron que era lo que gastaba el hogar Consuegra-Reyes mensualmente."

—

La Corte encuentra ampliamente justificadas las observaciones formuladas al dictamen pericial por el Tribunal. Calcular la capacidad productiva de una persona por lo que ella necesite para sostener el hogar, es punto de partida completamente arbitrario, alejado de la realidad. Con el mismo fundamento señalaran los peritos cualquier cantidad, o suma mínima o máxima de pesos, haríase de aceptación forzosa, pues las necesidades de una persona o de una familia pueden hacerse ilimitadas o reducirse a cantidades irrisorias: en cualquier caso es el reinado de la arbitrariedad.

Por eso la capacidad productiva tiene que relacionarse con algo real y tangible, con lo que la persona esté ganando en el negocio, actividad u ocupación perdida. De lo contrario la indemnización de perjuicios dejaría de ser reparación de daños efectivos para convertirse en motivo de especulaciones teóricas y terreno propicio a los desarrollos de la imaginación. Ese sistema de formular cálculos por abstracciones, ausentes de apoyo en la realidad económica acreditada procesalmente, cuando menos en las líneas principales en que debe descansar todo avalúo, lo tiene condenado la Corte.

Lo único cierto y definitivo, conforme lo advierte el Tribunal, en orden a establecer la capacidad productiva de Consuegra a tiempo de morir, es el dato referente al sueldo que devengaba como Apuntatiempo de la carretera, $ 60 mensuales. Esa era la única actividad que él tenía, demostrada en el expediente. Lo demás es inconsistente. Los testigos Archila dicen que tenían negocios con cuyo producto completaba lo que necesitaba, pero se abstienen de informar cuáles eran esos negocios.

Los sueldos que devengara en los años de 1927 a 1929 el señor Consuegra, como empleado del Ferrocarril del Norte, tampoco son factor atendible, porque esa fue una actividad remota cuyos rendimientos dejaron de ser aprovechados en su día por el propio dueño.

De consiguiente, todo lo que los peritos avaluaron excediendo los $ 60 del sueldo de Consuegra, debe rechazarse.

—

Del dictamen pericial acepta el Tribunal lo relativo al cálculo de vida probable de los demandantes y de la víctima, fundado en las bases que suministran al respecto las tablas de la Compañía Colombiana de Seguros. Según los peritos, a partir del accidente al señor Consuegra se le supone una vida probable de 22 años meses; 28 años a la viuda; 58 años al menor Félix Teodoro; y 61 años al menor Luis Eusebio.

La supervida probable del señor Consuegra es la que debe determinar una de las bases de la indemnización: el tiempo durante el cual la viuda y los hijos perdieron el apoyo material del padre.

El dictamen pericial acepta que del sueldo mensual que Consuegra devengaba hay que deducir la cuarta parte necesaria a su sustento y gastos personales.

El Tribunal está conforme con este descuento y lo aplica en relación con aquel sueldo. "Ha sido, pues, la suma líquida mensual de $ 45 el perjuicio actual y cierto de orden patrimonial sufrido por los actores, y es la base que se debe tomar para averiguar primero el monto del perjuicio en un año y luégo el monto total de los perjuicios en el lapso calculado de vida probable futura del damnificado".

La Corte acoge esta conclusión, pues nada hay que objetar contra ella.

—

De consiguiente, hay tres elementos ciertos con los cuales puede llegarse a la determinación del daño: 1º Cálculo pericial de 22 años 4 meses de supervivencia del señor Eusebio Consuegra; 2º Cálculo pericial de una supervivencia mayor con respecto a la viuda e hijos; y 3º El daño económico reducido a $ 45 mensuales.

Como el señor Consuegra falleció el 13 de agosto de 1938, ha transcurrido desde entonces un período de tiempo cierto y seguro de supervivencia de los actores, pues éstos aún viven.

Y existe otro período de tiempo, correspondiente ese sí a la supervivencia probable de los actores, en relación con el futuro.

Entonces hay que dividir la indemnización en dos períodos: el primero, con el fin de computar el pasado; y el segundo, el porvenir.

Para el primer período la indemnización corresponde al tiempo transcurrido contando hasta el 13 del actual mes de septiembre. Este primer período comprende así seis años y un mes, los cuales equivalen, sumando todas las mensualidades de $ 45, a la cantidad de tres mil doscientos ochenta y cinco pesos ($ 3.285).

En el segundo período la indemnización corresponde a tiempo futuro, en que hay que descontar el interés del 6% por entregarse anticipadamente una suma global que se descompone en mensualidades por venir. Para verificar tal descuento la Corte aplica el sistema de Garuffa, según lo viene practicando de tiempo atrás. Este sistema está basado en el cálculo por anualidades; por ello en el tiempo de supervivencia futura que no alcance a completar una anualidad hay que computar las pensiones sin descuento ninguno, sumándolas simplemente, como si se tratase de pensiones ya devengadas, con el objeto de simplificar las operaciones aritméticas.

De consiguiente, descontados seis años y un mes, correspondiente al primer período, quedan diez y seis años y tres meses para el segundo período de tiempo futuro. Se desprecia el descuento con respecto a los tres meses, los que a $ 45 son ciento treinta y cinco pesos ($ 135). Aplicando el sistema adoptado por la Sala, tendiente a liquidar el descuento del 6% en la respectiva renta anual, se tiene entonces que hay que multiplicar esa renta, que en el presente caso es de $ 540, por 10-106, que en la respectiva tabla equivale a 16 años; el resultado es de cinco mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos veinticuatro centavos ($ 5.457.24), valor de la indemnización por el futuro. (*Gaceta Judicial*, tomo 55, página 419).

Sumando esta partida con las anteriores, da la cantidad de ocho mil ochocientos setenta y siete pesos veinticuatro centavos ($ 8.877.24), a que asciende el valor de la indemnización total por daños materiales, suma que se divide por iguales partes entre los tres damnificados, o sea para cada uno la cantidad de $ 2.959.08.

II

En cuanto a los perjuicios morales se tiene: El Tribunal reconoció a la señora viuda, madre de los menores, la cantidad de dos mil pesos, a título de reparación del daño subjetivo. La Sala está acorde con esta reparación, dado el dolor manifiesto que ella tuvo que experimentar ante la muerte súbita de su esposo.

El Tribunal niega la misma reparación a los niños, porque consideró que ellos, por razón de su edad —uno de ellos nació con posterioridad a la muerte del padre, y el otro apenas tenía dos años— eran incapaces de experimentar la pena moral que otras personas de mayor edad reciben a consecuencia de la muerte de un sér querido.

La Corte está de acuerdo en esta apreciación, pues realmente en un niño de poca edad no se concibe el quebranto espiritual, el dolor de afección, que justifica la reparación pecuniaria, el *pretium doloris*.

CAPITULO V

Sentencia.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve de la siguiente manera el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá:

1º La Nación es responsable civilmente de los perjuicios, tanto materiales como morales, sufridos por la señora Isabel Reyes v. de Consuegra, y de los materiales inferidos a los menores Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes, en su condición la primera de cónyuge legítima que fue de Eusebio Consuegra, y los menores como hijos legítimos del mismo, cuya muerte fue ocasionada en el accidente de una volqueta de propiedad del Gobierno Nacional, ocurrido el 13 de agosto de 1938 en el sitio denominado *El Afilador*, kilómetro 254 de la carretera Sogamoso-Casanare.

2º En consecuencia se condena a la Nación a pagar a la señora Isabel Reyes v. de Consuegra la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) por concepto de perjuicios morales subjetivos.

3º Igualmente condénase a la Nación al pago de la cantidad de ocho mil ochocientos setenta y siete pesos veinticuatro centavos ($ 8.877.24) moneda corriente a favor de la señora Isabel Reyes v. de Consuegra y de sus menores hijos Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes, por razón de perjuicios materiales que a los tres se les causaron por la muerte de Eusebio Consuegra. Dicha suma corresponde por iguales partes a las personas nombradas.

4º Se absuelve a la Nación del pago de perjuicios distintos de los que se han reconocido.

5º De las indemnizaciones decretadas debe descontarse también por iguales partes entre los tres demandantes la suma de setecientos treinta pesos ($ 730) moneda corriente que ya recibieron del Tesoro Nacional por pago del seguro colectivo obligatorio, decretado por el Gobierno.

En los presentes términos queda reformada la sentencia materia del recurso de apelación.

Sin costas.

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

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Isaías Chaves, Arturo Tapias Pilonieta, Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Responsabilidad civil por perjuicios

En el caso de autos "la circunstancia de que el disparo se hubiera producido sin que el Agente de Policía hubiera estado maniobrando con el fusil, es decir, el haberse éste 'disparado', como dicen los testigos, es circunstancia que no exime de culpabilidad civil, al menos a quien calzó el fusil y no lo conservó luégo con las debidas precauciones para evitar un accidente de la naturaleza del que llegó a ocurrir en realidad".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre cinco de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock).

Fue instaurado el presente juicio dirigido contra el Estado colombiano por la señora María de Jesús Vargas v. de Gutiérrez en su propio nombre y también como representante legal de sus menores hijos Julia, Raúl, Alfredo y Pedro Alfonso Gutiérrez Vargas.

Fue formulado el libelo respectivo por medio de apoderado, quien lo presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 1º de febrero de 1940, pero fue corregido luégo por memorial presentado el día 30 de enero de 1941.

La parte petitoria de la demanda corregida aparece concebida en los siguientes términos:

"a) Que la Nación es civilmente responsable del daño causado con la muerte de Abdón Gutiérrez ocurrida el día veintidós de julio de mil novecientos treinta y ocho, a consecuencia del disparo de un arma de fuego manejada por un Agente de la Guardia Civil de Cundinamarca dependiente de la Nación en accidente que tuvo lugar el mismo día citado dentro de la jurisdicción del Municipio de San Antonio de Tena del Departamento de Cundinamarca;

"b) Que la Nación debe pagar a María de Jesús Vargas v. de Gutiérrez personalmente y en su carácter de representante legal de los menores Rosa Julia, Raúl, Alfredo y Pedro Alfonso Gutiérrez Vargas el valor que se fije por peritos o que fije el honorable Tribunal, de conformidad con el Derecho a la indemnización de los perjuicios sufridos por esas personas con la muerte de Abdón Gutiérrez en la forma dicha;

"c) Subsidiariamente a la petición inmediatamente anterior: Que la Nación debe pagar a la sucesión de Abdón Gutiérrez el valor que se fije por peritos, o que fije el honorable Tribunal con arreglo al Derecho, a la indemnización del daño causado al mismo Abdón Gutiérrez con el disparo mencionado;

"d) Que, en caso de no fijarse el valor de esa indemnización dentro del juicio que se inicia, se fijará con sujeción al procedimiento sumario establecido por el artículo quinientos cincuenta y tres del Código Judicial."

En cuanto a los hechos fundamentales de la demanda, fueron brevemente expuestos por el demandante así:

"Primero. El día veintidós de julio de mil novecientos treinta y ocho, en las horas de la mañana, el señor Alcalde de San Antonio de Tena y su Secretario, acompañados de una escolta de la Guardia Civil de Cundinamarca, dependiente de la Nación, se encontraban en la hacienda denominada 'Chicaque', ubicada en jurisdicción del mismo Municipio, practicando una diligencia oficial;

"Segundo. Mientras la Alcaldía extendía por escrito la citada diligencia, el fusil del Guardia Sixto Mendoza, encargado de la escolta referida, se disparó, causando la muerte casi instantánea del menor Vicente López y graves heridas a Abdón Gutiérrez, quien murió a consecuencia del accidente;

"Tercero. Abdón Gutiérrez era esposo legítimo de María de Jesús Vargas y padre legítimo de los menores Rosa Julia, Raúl, Alfredo y Pedro Alfonso Gutiérrez Vargas, personas todas que derivaban su sustento y su apoyo material y moral del citado Abdón Gutiérrez y que sobrevivieron a éste;

"Cuarto. El citado Abdón Gutiérrez era un hombre joven todavía, de buena salud, buenas condiciones físicas, profesionales y morales, de sanos antecedentes biológicos también;

"Quinto. El accidente referido se debió a culpa civil extracontractual de la Nación o de sus representantes, agentes o dependientes, o simplemente al riesgo creado por la misma Nación con la dirección del servicio de Policía."

Finalmente agregó el demandante que estima la acción en más de cinco mil pesos ($ 5.000) y que la fundaba principalmente en las disposiciones pertinentes de los Títulos 1º, 12 y 34 del Libro 4º del Código Civil.

Se dio traslado de la demanda al señor Fiscal 1º del Tribunal, quien formuló su contestación en escrito de 10 de marzo de 1941, en el cual se opuso a las pretensiones de la parte demandante y prácticamente sólo hubo de aceptar el hecho *Tercero* en cuanto "Abdón Gutiérrez fuera esposo legítimo de María de Jesús Vargas y padre legítimo de los menores Rosa Julia, Raúl, Alfredo y Pedro Alfonso Gutiérrez Vargas..."

Surtidos los trámites de la primera instancia, el Tribunal le puso término a ésta mediante la sentencia definitiva de veintiséis de julio de mil novecientos cuarenta y uno, plenamente absolutoria de la parte demandada.

Cumple advertir, sin embargo, que se explica el fallo absolutorio del Tribunal, por cuanto, durante el término probatorio del juicio en la primera instancia, la parte demandante se abstuvo de allegar a los autos las comprobaciones del caso en el litigio.

Por el contrario, en esta segunda instancia ante la Corte fueron practicadas varias pruebas durante el término correspondiente, encaminadas a demostrar, en debida forma, las pretensiones de la parte actora.

Además, el señor Procurador Delegado en lo Civil tuvo oportunidad de alegar en este segundo grado de juicio; la parte demandante se abstuvo de hacerlo, y para la mejor comprensión de cómo ha quedado planteado el problema de cuyo desenlace se trata en el presente fallo, se reproduce en seguida parte pertinente del alegato del mencionado señor Procurador Delegado, presentado ante la Corte el 29 de enero de 1943. Expresa él, en efecto, lo siguiente:

"La sentencia de primera instancia, sometida al recurso que va a decidirse, se basó en que en el juicio no se había demostrado ninguno de los hechos de la demanda. Ese vacío probatorio fue subsanado en parte en esta instancia, pero aún subsiste en relación con cuestiones muy importantes, como va a verse:

"Está demostrado que la Guardia de Cundinamarca entró a formar parte de la Policía Nacional, dependiente directamente del Estado colombiano (folios 20 y 21, cuaderno número 4); y que el señor Sixto Mendoza tenía el carácter de miembro de la Policía Nacional, División de Cundinamarca, el día del accidente (folio 21 vuelto, ibídem).

"No está demostrado, en cambio, que el señor Mendoza en el día del accidente hubiera estado desempeñando sus funciones, toda vez que hay constancia de que 'en la Unidad de la cual se comisionó al Agente Sixto Mendoza para practicar una diligencia con las autoridades de San Antonio, *pues el citado agente se encontraba prestando sus servicios en la Inspección Departamental de Policía de Santander* (vecindario de San Antonio)' y que "tampoco aparece constancia alguna por la cual se le destinó a prestar servicios en dicha Inspección". (Ver folio 27 vuelto, cuaderno número 4). No se ha demostrado que el señor Mendoza hubiera estado prestando sus servicios en el momento del accidente, a virtud de haber recibido la respectiva orden de su superior jerárquico. De consiguiente, tampoco puede afirmarse, con base en lo que consta de autos, que la pretendida actividad culposa del agente se hubiera producido dentro del normal desempeño de sus funciones de tal. Al contrario, hay auténtica constancia de que sus respectivos superiores no le dieron orden alguna para intervenir en la mentada diligencia, y de que dentro de sus actividades era otro, distinto de aquél en el cual se produjo el accidente.

"Pero es que, aun considerando que la cuestión no fuera como se deja planteada, tampoco es posible deducir responsabilidad al Estado Colombiano, toda vez que según las palabras del propio demandante, el disparo se produjo sin que el agente hubiera estado maniobrando con el fusil, concepto que viene a quedar corroborado con las palabras del propio Alcalde y con la manifestación del señor Mendoza. En efecto: el actor dice en su libelo que el fusil '*se disparó*' (folio 11 vuelto, cuaderno número 1); el Alcalde afirma que "se le salió un disparo de fusil" (folio 7, cuaderno número 4), en semejantes términos se expresa el mismo Mendoza (folio 9 ibídem). De donde se concluye que existe un acuerdo acerca de que el disparo se produjo sin que mediara actividad alguna de parte del agente.

"Finalmente, y para el remoto caso de que la honorable Corte hallara infundadas las anteriores razones, hago notar que en parte alguna del expediente se encuentra la demostración de la existencia del daño material, cierto y determinado, pero ni siquiera hay elementos para su determinación, y es bien sabido que para la procedencia de acciones de esta índole, el daño debe ser cierto, evidente y no simplemente eventual o hipotético, y además, personal del reclamante. Ninguna de estas circunstancias ha sido probada.

"El actor pretende también plantear subsidiariamente el problema como de riesgo creado por la Nación con el servicio de Policía. Basta su enunciación para ver lo insólito de invocar en este caso tal teoría. Al efecto, y en gracia de

la brevedad, me limito a llamar la atención de la honorable Corte acerca de la tesis sostenida en su sentencia de fecha 15 de noviembre de 1940 y que corre publicada en los números 1964 y 1965 de la *Gaceta Judicial*.

"Con fundamento de todo lo que antecede pido muy respetuosamente se *confirme* en todas sus partes la sentencia apelada."

No comparte la Corte todas las conclusiones a las cuales llegó el señor Procurador Delegado en lo Civil al solicitar la confirmación del fallo recurrido.

En efecto: la simple circunstancia de la falta de una prueba directa de que el señor Mendoza, en el día del accidente, y por orden superior estuviera prestando sus servicios como Agente de Policía en el lugar preciso y en la diligencia que dio margen a los acontecimientos ocurridos y entre éstos el de la muerte de Abdón Gutiérrez, no es suficiente para dar por cierto en este juicio que procedía sin su investidura oficial como representante de la autoridad y en ejercicio, en general, de las funciones propias de un Agente Nacional de Policía, es decir, de un Agente de la Policía nacionalizada de Cundinamarca, y según constancias que figuran en los autos.

Si acaso hubo del lado del Agente alguna extralimitación acerca del sitio mismo en donde debía prestar sus servicios, se trataría entonces de una falta de su parte que en manera alguna habría de eliminar la que le podría corresponder por haber dado muerte al señor Gutiérrez al presentarse en ejercicio de sus funciones, en diligencia oficial presidida por el Alcalde Municipal respectivo y en territorio de su jurisdicción, es decir, en una diligencia oficial por su esencia misma, y portando, además, las armas de la República, culpa de la cual es civilmente responsable también el Estado que lo tenía a su servicio.

La circunstancia de que el disparo se hubiera producido sin que el Agente de Policía hubiera estado maniobrando con el fusil, es decir, el haberse éste "disparado", como dicen los testigos (véanse principalmente declaraciones de Gonzalo Corchuelo y Martín Rodríguez, a los folios 46, 47 y 49 del cuaderno de pruebas de esta instancia), es circunstancia que no exime de culpabilidad civil, al menos, a quien calzó el fusil y no lo conservó luégo con las debidas precauciones para evitar un accidente de la naturaleza del que llegó a ocurrir en realidad.

También se aparta esta Sala de la tesis del señor Procurador Delegado en lo Civil de que en sitio alguno del expediente se encuentra la demostración de la existencia del daño material cierto y determinado, ni elementos siquiera para su determinación.

Estima la Corte que las constancias del proceso (véase principalmente cuaderno de pruebas de la parte demandante en esta instancia) suministran base suficiente para una condenación por perjuicios *in genere*, para el efecto de que luégo, y en armonía con el artículo 553 del Código Judicial, pueda hacerse la correspondiente liquidación de ellos.

Teniendo, por tanto, en cuenta las observaciones que preceden, habrá de fundarse el presente fallo por lo que toca con los motivos de derecho en el contenido del artículo 2347 del Código Civil en armonía con el artículo 2349 *ibídem*, para los fines de reconocer la responsabilidad civil a cargo del Estado.

Establecen, en efecto, las citadas disposiciones legales:

"Artículo 2347. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

"Así, el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

"Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

"Así, el marido es responsable de la conducta de su mujer.

"Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

"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."

"Artículo 2349. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; 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 medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes."

Se ve así, y merced al contenido de las disposiciones transcritas, que el Estado es civilmente responsable de la culpa propia del Agente de Policía que causó la muerte de Abdón Gutiérrez, bien por cuanto se le puede imputar falta en la elección de este Agente de Policía, indudablemente desprovisto de la prudencia debida en el ejercicio de sus funciones, o falta en la vigilancia o cuidado que acerca de las acti-

vidades de aquél debia ejercer también el Estado.

Según el inciso final del artículo 2347, disposición ésta que sin duda alguna establece una norma de carácter general sobre responsabilidad extracontractual, posiblemente el Estado estuvo legalmente capacitado para demostrar en este litigio que el proceder y la culpa del Agente de Policía fueron de naturaleza tal, que su actuación quedaba al margen de toda responsabilidad por parte de la Nación que lo tenía a su servicio, mas no aparece tal prueba en autos, ni aun han sido alegados hechos que hagan verosímil su existencia.

Hubo de expresarse antes que la condenación a cargo de la Nación será hecha en forma tal que permita luégo llegar a la liquidación del valor de los perjuicios materiales, según la pauta instituída en el artículo 553 del Código Judicial y por lo que toca con perjuicios materiales.

Por lo que respecta a perjuicios morales, y aunque éstos no los menciona de manera expresa y por separado la demanda, puede interpretarse esta pieza en el sentido de que ella implícitamente los incluye, ya que por otra parte se mencionan en las pruebas pedidas por el demandante para establecerlos mediante comprobación que la Corte considera suficiente. De donde se sigue que hay lugar a la correspondiente condenación en armonía con lo establecido por el artículo 95 del Código Penal, fijando al efecto la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1.500) para la esposa y de mil pesos ($ 1.000) para cada uno de los cuatro hijos de Gutiérrez.

En concordancia con lo arriba expresado, se procederá aquí a señalar las bases para la liquidación requerida, mas sólo por lo que respecta al importe de los perjuicios materiales sufridos por la parte demandante.

Se tendrá en cuenta, en efecto, el monto de la cantidad en dinero que dejará de recibir por razón de haberse consumado el accidente, la esposa del occiso señor Gutiérrez, para sí y para sus hijos, y como consecuencia de la muerte de aquél, todo mediante el complemento de la prueba adecuada que se presente en el incidente de liquidación.

Igualmente será tenida en cuenta la vida probable del mismo Gutiérrez según los cómputos de las tablas de duración de la vida humana de que acostumbran servirse las compañías de se-

En caso de llegarse a la conclusión de que la esposa habría vivido por menor tiempo que Gutiérrez, será la vida de esta última la que se tendrá en cuenta en el cálculo respectivo.

Empero como Gutiérrez dejó hijos menores de edad a cuya subsistencia atendía él con su trabajo personal, debe tenerse también en cuenta esta circunstancia, en forma tal que la indemnización tienda a cubrir en todo caso el período en que cualquiera de los hijos menores lo eran aún y podía así normalmente contar con el apoyo pecuniario de su padre legítimo, y en cuanto ese período pueda quedar comprendido dentro de la vida probable de Gutiérrez.

Con fundamento en las razones que se dejan 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, *falla:*

1º Revócase la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en este asunto el día 26 de julio de 1941;

2º Condénase al Estado colombiano a pagar a la señora María de Jesús Vargas v. de Gutiérrez, personalmente y en su carácter de representante legal de los menores Rosa Julia, Raúl, Alfredo y Pedro Alfonso Gutiérrez Vargas el valor de los perjuicios materiales por todos ellos recibidos con ocasión de la muerte violenta sufrida por Abdón Gutiérrez en accidente que tuvo lugar el día veintidós de julio de mil novecientos treinta y ocho en territorio de la jurisdicción del Municipio de San Antonio de Tena del Departamento de Cundinamarca.

El valor de estos perjuicios se fijará en la forma determinada por el artículo 553 del Código Judicial;

3º Condénase igualmente al Estado colombiano a pagar a la viuda María de Jesús Vargas de Gutiérrez la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1.500) en su nombre propio, y de mil pesos ($ 1.000) para cada uno de sus hijos menores de edad Rosa Julia, Raúl, Alfredo, Pedro Alfonso Gutiérrez Vargas.

4º Se absuelve a la Nación de los demás cargos formulados en la demanda.

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

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Competencia negativa provocada por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema al Consejo de Estado

1.—La competencia para resolver las controversias que se susciten en la aplicación de los reglamentos que sobre prestaciones sociales dicte el Organo Ejecutivo, no puede considerarse atribuída por el artículo 40 del Código Judicial a la Corte Suprema, ya que la disposición que se menciona se refiere a las que surjan de contratos celebrados o que celebre la Nación y no a actos administrativos carentes de modalidad contractual y encaminados a establecer para los servidores públicos derechos o garantías accesorios al desempeño de sus cargos.

2.—Entre los derechos de los empleados públicos se encuentran algunos calificados como accesorios y que se conocen con la denominación general de prestaciones sociales. **Estos derechos tienen diferentes formas a lo largo de la legislación y de los reglamentos que expiden las entidades públicas y entre ellos se encuentra el seguro en sus diversas modalidades: colectivo, de accidente de trabajo, de enfermedad, etc. El seguro como prestación social no constituye una convención tal como está definida en las leyes comerciales del derecho mercantil, sino un acto de protección al empleado al sobrevenir cualquier hecho o circunstancia que lo prive total o parcialmente de su capacidad de trabajo. Es un respaldo que da el Estado a sus servidores por medio de entidades por él mismo creadas (Cajas o Fondos responsables del pago) o asumiendo directamente, con fondos del Erario Público, la responsabilidad de cubrir el valor de esos derechos, de hacer la prestación social.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

La señorita Josefina Sarmiento, obrando en su propio nombre, presentó ante la Sala de Negocios Generales de la Corte demanda ordinaria para que previos los trámites correspondientes se condene a la Nación a pagar a la actora la cantidad de mil seiscientos pesos ($ 1.600) valor del seguro del señor Honorio Sarmiento, en el que ella aparece como beneficiaria.

Con el libelo presentó los siguientes documentos:

a) Copia de la Resolución número 494, de 15 de septiembre de 1941, dictada por la Contraloría General de la República, que negó a Josefina Sarmiento el pago del seguro a Honorio Sarmiento.

b) Una demanda presentada ante el Consejo de Estado contra la Resolución citada y copia de la providencia que la negó.

c) Un certificado o póliza de seguro de vida colectivo a favor de Honorio Sarmiento, expedido por la Contraloría General de la República y en el que aparece la demandante como beneficiaria.

La demanda fue aceptada por la Corte y se le corrió traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien presentó un pliego de excepciones que se han tramitado conforme al artículo 355 del Código Judicial y ahora se deciden, sin que la parte actora hiciera uso del traslado que se le corrió en cumplimiento de la disposición citada.

Las excepciones presentadas por el señor Procurador fueron las de *declinatoria de jurisdicción* e *inepta demanda.*

—

La primera excepción la funda el señor Procurador en que el litigio no proviene de un contrato; él considera que "se está en presencia de un beneficio o prestación social, creado y reglamentado por resoluciones del señor Contralor General de la República, por elementales consideraciones de justicia social y en los términos que dicho funcionario estimó equitativos. Bien sabido es que los funcionarios públicos no poseen en su carácter de tales y frente a la administración, la situación jurídica particular y concreta de contratantes, sino la general y reglamentaria, sometida no al régimen de contratos sino al de reglamentos generales que dicten los Organos competentes del Poder. El seguro co-

lectivo forma parte de esa situación jurídica reglamentaria, y las resoluciones que respecto de él se dicten tienen un carácter tan administrativo —para todos los efectos legales— como el nombramiento, la destitución, el señalamiento de funciones, etc. El certificado de seguro acompañado a la demanda no es un contrato ni es prueba de un contrato; es simplemente la certificación de que al momento de expedirse, el empleado a que se refiere está protegido por el beneficio del seguro".

La Sala considera:

El señor Contralor General de la República "en uso de sus atribuciones legales" creó por medio de la Resolución 78 bis de 1938 el seguro de vida colectivo para todos los empleados y obreros de la dependencia a su cargo, y en resoluciones posteriores creó el "Fondo de Seguros y Previsión Social de la Contraloría" y dictó las normas reglamentarias consiguientes.

De conformidad con ellas la Contraloría General asumió, por sí misma, el carácter de aseguradora de sus empleados y obreros; señaló los requisitos necesarios para gozar de este beneficio social; y dispuso la manera de formar el fondo que garantizara la prestación de los servicios creados.

Entre los derechos de los empleados públicos se encuentran algunos calificados como accesorios y que se conocen con la denominación general de *prestaciones sociales*. Estos derechos tienen diferentes formas a lo largo de la legislación y de los reglamentos que expiden las entidades públicas y entre ellos se encuentra el seguro en sus diversas modalidades: colectivo, de accidente de trabajo, de enfermedad, etc.

El seguro como prestación social no constituye una convención tal como está definida en las leyes comerciales del derecho mercantil, sino un acto de protección al empleado al sobrevenir cualquier hecho o circunstancia que lo prive total o parcialmente de su capacidad de trabajo. Es un respaldo que da el Estado a sus servidores por medio de entidades por él mismo creadas (Cajas o Fondos responsables del pago) o asumiendo directamente, con fondos del Erario Público, la responsabilidad de cubrir el valor de esos derechos, de hacer la prestación social.

En casos como el de autos, en que la Contraloría General de la República, por medio de un acto de administración, asumió directamente el carácter de aseguradora de sus funcionarios, la prestación social por ella establecida y garantizada no puede tener la modalidad contractual del seguro mercantil o comercial establecido por la ley de ese género, sino el de una simple prestación social que organiza el Estado en una de sus dependencias y por medio de la facultad reglamentaria de que están investidos los altos funcionarios de la Administración.

La competencia para resolver las controversias que se susciten en la aplicación de los reglamentos que sobre prestaciones sociales dicte el Organo Ejecutivo no puede considerarse atribuída por el artículo 40 del Código Judicial a la Corte Suprema, ya que la disposición que se menciona se refiere a las que surjan de contratos celebrados o que celebre la Nación y no a actos administrativos carentes de modalidad contractual y encaminados a establecer para los servidores públicos derechos o garantías accesorios al desempeño de sus cargos.

En el caso de autos, un acto administrativo, la Resolución 78 bis de 1938, "creó el seguro de vida para los empleados y obreros de la Contraloría General de la República"; otros actos del mismo género (resoluciones posteriores) reglamentaron y organizaron la manera de hacer la prestación social; por otro acto de la misma calidad, una dependencia oficial expidió el certificado de seguro de vida del señor Honorio Sarmiento, en el que aparece la demandante como beneficiaria de él. Se está, pues, en presencia de una serie de actos de la Administración Pública que comprometieron al Estado, extracontractualmente, en la prestación de un servicio social.

Como el Consejo de Estado, en providencia que aparece en el expediente acompañada a la demanda, se abstuvo de conocer de la presentada por la actora ante esa entidad, corresponde a la Corte provocarle competencia negativa aduciendo al efecto las razones expuestas.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en atención a lo previsto en el artículo 413 del Código Judicial y demás disposiciones conexas, provoca al Consejo de Estado competencia negativa para conocer y resolver en el presente negocio.

Notifíquese y envíese al Consejo de Estado.

Miguel Arteaga H., Aníbal Cardoso Gaitán, José M. Blanco Núñez, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Inaplicabilidad del artículo 3o. del Decreto ejecutivo número 1284 de 1943 en el caso de autos

Hay contradicción entre el artículo 10º de la Ley 22 de 1942 y el 3º del Decreto ejecutivo número 1284 de 1943. De consiguiente debe aplicarse de preferencia aquél y no éste.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, once de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Con fundamento en la Ley 22 de 1942 y el Decreto 2840 del mismo año, el señor Octavio J. Benavides solicitó que le sea reconocida una pensión a su favor y a cargo de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, por enfermedad adquirida durante el tiempo que estuvo trabajando como empleado al servicio de dicho Organo Judicial. Al resolver la anterior solicitud, el Tribunal Superior de Bogotá dijo lo siguiente:

"Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *decreta* a favor del señor Octavo J. Benavides y a cargo de la Caja de Previsión creada por el artículo 13 de la Ley 22 de 1942, una pensión mensual vitalicia de ciento treinta pesos ($ 130) moneda corriente, pensión que debe pagarse a partir del primero de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro en adelante."

De acuerdo con lo dispuesto por el mismo Tribunal, y en atención a que ninguna de las partes apelaron y de conformidad con lo establecido por el artículo 3º del Decreto ejecutivo 1284 de 1943, que dice: "Los fallos de los Tribunales de Distrito Judicial, en los cuales se decretan pensiones en favor de los empleados judiciales, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Público, deberán consultarse con la Corte Suprema de Justicia cuando no fueren apelados", el negocio llegó a esta Superioridad, la cual observa que no es el caso de aprehender el conocimiento del negocio, por las siguientes razones:

La Ley 22 de 1942 sobre prestaciones a los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso-Administrativo establece en sus artículos 1º a 5º el derecho que tienen los empleados antes mencionados de recibir las pensiones que allí se determinan, por enfermedad o lesiones que los incapacite para el cargo que desempeñen, y el artículo 10 dispone: "Los derechos conferidos por los artículos 1º a 5º, inclusive, serán reconocidos siempre por los Tribunales Superiores correspondientes al domicilio del interesado, previa la presentación de los comprobantes y el traslado al Fiscal, aunque se trate de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o de Magistrados del mismo Tribunal. Pero los fallos pueden revisarse por la Corte a virtud de apelación interpuesta por el Fiscal o por el solicitante".

De la transcripción de esta norma anterior se desprende la contradicción que existe entre ésta y el artículo 3º del Decreto ejecutivo número 1284 de 2 de julio de 1943, pues éste, al decir que *deberán consultarse con la Corte Suprema de Justicia, cuando no fueren apelados,* no hace otra cosa que contradecir un precepto claro y legal como lo es el del artículo 10 de la Ley 22 de 1942, que dice: "Pero los fallos pueden *revisarse* por la Corte a virtud de apelación interpuesta por el Fiscal o por el solicitante". De donde se desprende que, siendo éste un precepto especial, aplicable a los empleados del Organo Judicial, en cuyo contenido se analiza el espíritu que tuvo el Legislador al dictarlo, el de facilitar más el pago de las prestaciones sociales y evitar la segunda instancia en lo referente a pensiones y hacer, por lo tanto, más corta su tramitación, debe aplicarse lo dispuesto por él, de preferencia a lo dispuesto por el Decreto ejecutivo 1284 precitado.

Esta Corte ha sentado en numerosos casos similares doctrina al respecto. En providencia de 25 de octubre de 1943 se dijo:

"De otro lado, no está por demás anotar que las atribuciones jurisdiccionales y de competencia emanan siempre de la ley y no de resoluciones y decretos del Organo Ejecutivo, si éste no se halla expresamente facultado para dictarlas. Y que el Decreto 1284 se expidió en uso de las facultades comunes u ordinarias del Presidente de la República."

De las anteriores razones se concluye que esta Sala de la Corte estima que el artículo 3º del Decreto en mención es inaplicable al presente caso y, por lo tanto, se declara incompetente para conocer y fallar en el recurso de consulta concedido por el Tribunal Superior de Bogotá, que decidió sobre la demanda de pensión propuesta por el señor Octavio J. Benavides, providencia que por lo tanto está ejecutoriada y debe cumplirse.

Notifíquese, cópiese, insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá.

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—M. Pineda Garrido, Secretario.

Se declara incompetente la Corte para conocer de las apelaciones interpuestas, por tratarse de autos de mera sustanciación

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Víctor Cock)

El día 24 de marzo del año en curso, el doctor Antonio M. Amézquita L., como apoderado del señor Nicolás Liévano, presentó demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior de Bogotá.

El Tribunal, al estudiar dicha demanda para su admisión, dictó el siguiente auto, de fecha 1º de abril último:

"Del contenido del anterior libelo no se colige claramente qué se pide, ni qué clase de acción se intenta, pues ni de las súplicas incoadas, ni de los hechos en que ellas se fundamentan, ni del derecho alegado, se deduce claramente la naturaleza de aquélla, pues unas dicen relación al juicio ejecutivo, otras al juicio especial de venta (artículos 637, 996 y 1189 del Código Judicial) y otras aluden al juicio ordinario sobre reivindicación, preceptos que en conjunto no pueden servir de fundamento para una determinada acción.

"En tal virtud, se dispone devolver al peticionario el anterior libelo para que lo aclare de acuerdo con la ley."

En cumplimiento de la providencia transcrita, el demandante presentó un nuevo escrito, que fue despachado por el Tribunal en auto de 8 de mayo próximo pasado. Su tenor literal es el siguiente:

"Teniendo en cuenta la anterior aclaración o corrección que hace el actor, se admite la demanda ordinaria que promueve el señor Nicolás Liévano, por medio de apoderado, contra la Nación.

"Córrase tal demanda en traslado a la parte demandada en la persona del señor Agente del Ministerio Público, y cópiese en el libro respectivo a costa del actor.

"El doctor Antonio M. Amézquita es apoderado del señor Nicolás Liévano en los términos y para los efectos a que se refiere el poder conferido."

El auto que se acaba de transcribir fue notificado al señor Fiscal 1º del Tribunal, quien suscribió la diligencia de notificación "manifestando que apela del auto por el cual se admitió la demanda".

Vino en seguida el auto de 9 de junio último, en el cual se concedió, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal.

El apoderado de la parte demandante, en memorial de 15 de junio, solicitó reposición del auto por el cual se concedió la apelación, por considerar, en primer término, que el auto apelado, por ser de sustanciación, no era susceptible del recurso de apelación, sino del de reposición; y por considerar también que si procedía al recurso de apelación éste ha debido concederse en el efecto devolutivo.

Subsidiariamente interpuso recurso de apelación.

Finalmente, el Tribunal en providencia de 26 de junio hubo de negar la reposición pedida; y concedió, en cambio, el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

Interesa conocer los términos de esta última providencia de 26 de junio último, que reza así:

"El doctor Antonio M. Amézquita solicita reposición del auto de fecha 9 de los corrientes mes y año, por medio del cual se concedió la apelación interpuesta por el señor Fiscal.

"Fundamenta su petición en que el auto apelado por el señor Fiscal es de sustanciación y que en caso de concederse la apelación debía hacerse en el efecto devolutivo.

"Se considera:

"Ciertamente, el auto admisorio de la demanda es de sustanciación; pero, como en dicho auto se resuelve lo relativo a la personería del doctor Amézquita, toma el carácter de interlocutorio. Ahora, de acuerdo con el artículo 490 del Código Judicial las apelaciones se conceden en el efecto suspensivo, cuando la ley no dispone expresamente que lo sea en el devolutivo, como en el presente caso no lo dispone así, debe concederse en el efecto suspensivo.

"Por lo tanto se niega el recurso de reposición interpuesto por el doctor Amézquita. En el efecto suspensivo se le concede el recurso de apelación. Dése cumplimiento al artículo 500 del Código Judicial."

De manera que los autos que están hoy pendientes de apelación ante la Corte son los ya nombrados y transcritos, de 8 de mayo y de 9 de junio del año actual.

Y por cuanto el asunto ha sufrido en esta segunda instancia de tramitación de rigor, se procede a decidir acerca del fondo de aquél.

Sin entrar a discutir el procedimiento, un tanto anómalo de conceder apelaciones de los autos por los cuales precisamente fue concedida una anterior apelación, como lo hizo el Tribunal, según la relación que queda antes hecha, hay lugar a observar que el auto de 8 de mayo, por el cual fue admitida la demanda, es un auto de sustanciación; no sujeto, por consiguiente, al recurso de apelación sino al recurso de súplica ante los demás Magistrados del Tribunal del conocimiento (artículo 511 del Código Judicial).

Cierto es que allí se le reconoció también personería al doctor Antonio M. Amézquita como apoderado del señor Nicolás Liévano, pero es obvio que el auto apelado lo fue, no por haber sido reconocida tal personería sino por haber sido admitida la demanda.

Basta esta consideración para resolver —y sin necesidad desde luégo de entrar a definir si el artículo 416, ordinal 2º, del Código Judicial puede realmente interpretarse en el sentido de que la simple admisión de un apoderado eleva al auto que la admite a la categoría de auto interlocutorio, o si tal ocurre sólo cuando se trata del caso por ejemplo en que la personería misma del apoderado es materia de controversia— que la Corte carece de competencia para revisar el auto apelado de 8 de mayo de 1944 dictado en este asunto, ya que el objeto de la apelación es lo concerniente a la admisión de la demanda que allí aparece hecha, por donde se ve que tal apelación versa sobre un auto de simple sustanciación, no sujeto al recurso interpuesto ante la Corte.

En mérito de lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte se declara incompetente para conocer de las apelaciones interpuestas.

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

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

Acción para el pago de una suma de pesos.—Responsabilidad del Estado por el servicio de aduanas.—Avería de mercancías depositadas en una aduana

1.—El Estado siempre es responsable por la culpa de sus agentes en el desempeño de sus funciones con ocasión de la prestación del servicio de aduanas. Este principio, que tiene su base en las disposiciones pertinentes del Código Civil y de Comercio, vino a consagrarlo en forma especial y expresa el artículo 55 de la Ley 79 de 1931.

2.—En el caso del proceso se ha sugerido que de haber ocurrido la avería, los dueños del cargamento pudieron evitarla mediante la entrega provisional de aquél. Este medio, no establecido legalmente sino, a lo que parece, por una costumbre aduanera, no es precisamente obligatorio por parte de los interesados para obviar los daños que puedan sufrir sus mercancías. El llamado "barbeo", destinado a facilitar la salida preferencial, a juicio del importador, de determinada mercancía, hace, por otra parte, más onerosa su condición, pues le impone mayores gastos; y lo corriente es que desde el momento en que el Estado recibe las mercancías importadas, para su propio beneficio, pues lo hace con el único fin de controlar para liquidar los derechos de importación, se hace responsable como depositario que es de todo daño sufrido en ellas, por culpa, negligencia o descuido de sus agentes. Los depositantes pueden estar tranquilos a este respecto. La única obligación de ellos es la de pagar los derechos de aduana cuando la Administración les pase la respectiva liquidación, pero no inmediatamente si no están en posibilidad de hacerlo, pues la Ley 59 de 1917, en su artículo 2º, les concede un plazo de seis meses para retirar las mercancías, contados desde la fecha en que quedan reconocidos y pagados los derechos correspondientes. Es decir, que durante esos seis meses pueden los importadores pagar los impuestos y luégo retirar las mercancías.

3.—La acción de perjuicios por avería de mercancías no prescribe por la vía ordinaria sino en un lapso de veinte años.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y nueve de octubre de mi novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

El doctor Aníbal Campo González, en su calidad de apoderado de la firma Roncallo Hermanos & Cía., S. A., de Barranquilla, en escrito de fecha 22 de mayo de 1929 demandó a la Nación, ante el Tribunal Superior de aquella ciudad, para que por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y con audiencia del señor Representante de la Nación, se condenara a la parte demandada a pagar lo siguiente:

"a) La cantidad de tres mil seiscientos treinta y seis dólares con treinta y cinco centavos (3.636.35 dólares), moneda de los Estados Unidos de América o su equivalente en nuestra moneda al cambio del día del pago; la cantidad de ciento cuarenta y dos pesos oro americano amonedado o su equivalente en nuestra moneda según la paridad intrínseca entre ésta y la americana el día treinta de septiembre de mil novecientos veintinueve, y la cantidad de seiscientos once pesos con ochenta y siete centavos ($ 611.87) moneda legal, cantidades que representan el cincuenta y siete y sesenta y seis por ciento (57,66%) de lo gastado respectivamente en los diferentes signos monetarios referidos en mil doscientos dos sacos (1.202) de trigo que hicieron parte de ocho mil diez (8.010) sacos que introdujeron mis mandantes al país por el puerto de Puerto Colombia, por vapor 'Point San Pedro' de veintinueve de septiembre (29) de mil novecientos veintinueve (1929), o que se le condene a pagarles a mis mandantes el cincuenta y siete sesenta y seis por ciento (57,66%) de lo que pruebe que gastaron en la compra, introducción al país, etc., en los dichos mil doscientos dos sacos de trigo".

"b) En subsidio de la anterior petición y para el caso de que no se pruebe el derecho al pago de un porcentaje preciso que exceda del cin-

cuenta por ciento (50%) de lo gastado en los mentados mil doscientos dos (1.202) sacos de trigo, que se condene al Estado o a la Nación colombiana a pagarles a mis mandantes la cantidad de tres mil ciento cincuenta y tres dólares con veintiséis centavos (3.153,26 dólares) o su equivalente en nuestra moneda al cambio del día del pago; la cantidad de ciento veintitrés pesos con treinta y cuatro centavos oro americano amonedado o su equivalente en nuestra moneda, según la paridad intrínseca entre ésta y la americana el día treinta de septiembre de mil novecientos veintinueve, y la cantidad de quinientos treinta pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 530.58), moneda legal, cantidades que representan el cincuenta por ciento de lo gastado respectivamente en los diferentes signos monetarios referidos en mil doscientos dos (1.202) sacos de trigo que hicieron parte de ocho mil diez (8.010) sacos que introdujeron mis mandantes al país por el puerto de Puerto Colombia, por vapor 'Point San Pedro', de veintinueve de septiembre de mil novecientos veintinueve o que le condene a pagarles a mis mandantes el cincuenta por ciento de lo que pruebe que gastaron en la compra, introducción al país, etc., en los dichos mil doscientos dos sacos de trigo.

"c) A pagarles a mis mandantes intereses legales sobre las cantidades a que se le condene, de acuerdo con las peticiones anteriores, a partir del día primero de octubre de mil novecientos veintinueve sobre las que se expresan en signos monetarios extranjeros y a partir del día ocho de noviembre de mil novecientos veintinueve sobre las que se expresan en moneda legal, hasta el día en que el pago se cumpla o realice."

El demandante, después de hacer una historia general de la manera como ocurrieron los hechos, concreta éstos así:

"a) Los señores Canada Grain Export Co., Ltd. de Vancouver, les vendieron a mis mandantes por intermedio de sus agentes, señores Colombia California Corporation, con la marca R. H. & Ca. —Colcalcor— según factura para dichos agentes de fecha tres de septiembre de mil novecientos veintinueve, la cantidad de ocho mil diez sacos de trigo con costo para los compradores, luégo de sumar algunos gastos accesorios de cuarenta mil quinientos diez y nueve dólares con diez y ocho centavos (40.519.18 dólares), moneda de los Estados Unidos de América.

"b) Los referidos agentes, señores Colombia California Corporation, para el cumplimiento del despacho de la mercancía de que trata el hecho anterior, hicieron gastos y el costo de los ocho mil diez sacos de trigo se elevó a la cantidad de cuarenta y un mil ochocientos ochenta y siete dólares con cuarenta centavos (41.887.40 dólares) moneda de los Estados Unidos de América.

"c) Mis mandantes, los señores Roncallo Hermanos y Cía., S. A., le pagaron al Banco de Colombia de aquí la cantidad de ciento treinta y ocho dólares con treinta y dos centavos (138,32 dólares), moneda de los Estados Unidos de América, por concepto de comisión de 3/8% sobre la cantidad de treinta y seis mil ochocientos ochenta y siete dólares con cuarenta centavos, valor del giro que le negociaron para pagar el saldo de los cuarenta y un mil ochocientos ochenta y siete dólares con cuarenta centavos, costo del trigo de que antes se habló, con lo cual éste vino a tener un costo total de importación, en moneda extranjera, de cuarenta y dos mil veinticinco dólares con setenta y dos centavos (42.025.72 dólares), moneda de los Estados Unidos de América.

"d) Los ocho mil diez sacos de trigo de que se habló en el hecho a), llegaron a esta Aduana por vapor 'Point San Pedro', de veintinueve de septiembre de mil novecientos veintinueve, y les ocasionaron gastos a mis mandantes por razón de impuestos, hasta el día treinta de octubre inmediato, por valor de seis mil cuatrocientos tres pesos con setenta y cuatro centavos, moneda colombiana, así: derechos de importación, seis mil cuatrocientos noventa y cuatro pesos con setenta y seis centavos; timbres para la letra remisoria del saldo de que se habló en el hecho anterior, siete pesos con treinta y ocho centavos, y timbres para el manifiesto de la Aduana, un peso con setenta centavos.

"e) Mis mandantes le pagaron a The Barranquilla Railway & Pier Company, Ltd., el día treinta de septiembre de mil novecientos veintinueve por transportar los ocho mil diez sacos de trigo desde a bordo del buque de vapor 'Point San Pedro', de veintinueve de septiembre de mil novecientos veintinueve, hasta aquí la cantidad de mil seiscientos cuarenta y tres pesos con ochenta y un centavos oro americano amonedado.

"f) Los ocho mil diez sacos de trigo de que me ocupo, les ocasionaron a mis mandantes gastos de acarreo, separación o calificación y arrumada, por valor de seiscientos sesenta y siete pesos con ochenta centavos ($ 667.80), moneda colombiana, que pagaron el día ocho de noviembre de mil novecientos veintinueve.

"g) Los mismos ocho mil diez sacos de trigo mentados fueron colocados por la Aduana en sus depósitos números nueve y once, conocidos generalmente con el nombre de 'Almacenes de la Unida' y fueron reconocidos en buen estado por esa entidad, que presentó a mis mandantes el aviso de la liquidación de los respectivos de-

rechos, sin observación ni demérito alguno con fecha diez y nueve de octubre de mil novecientos veintinueve.

"h) Mis mandantes pagaron el treinta de octubre de mil novecientos veintinueve, los correspondientes derechos a la Aduana, por valor de seis mil trescientos noventa y cuatro con sesenta y seis centavos ($ 6.394.66), según la liquidación que se le presentó, relativa a los ocho mil diez sacos de trigo de que se viene hablando.

"i) Mientras los ocho mil diez sacos de trigo estuvieron en los 'Almacenes de la Unida' y durante el mes de octubre de mil novecientos veintinueve, después de reconocidos, sufrieron avería causada por las aguas lluvias mil doscientos dos sacos, de tal manera que al ser retirados por los destinatarios, tan pronto como dio la Aduana la orden de entrega el cincuenta y siete sesenta y seis por ciento (57.66%) de esta cantidad estaba completamente dañada, pues, como pudo apreciarse entonces, más de la mitad del trigo contenido en mil doscientos dos sacos estaba perfectamente podrido.

"j) Cuando los ocho mil diez sacos de trigo de que se viene hablando fueron colocados en los depósitos de la Aduana números nueve y once, generalmente conocidos con el nombre de 'Almacenes de la Unidad', estos depósitos se encontraban en muy mal estado, de tal manera que no resguardaban las mercancías que en ellos se introdujeran contra los peligros de la lluvia de la época.

"k) La avería que sufrieron los mil doscientos dos sacos de trigo la causó el agua lluvia del mes de octubre de mil novecientos veintinueve, por el mal estado en que estaban los depósitos números nueve y once de la Aduana, generalmente conocidos con el nombre de 'Almacenes de la Unida'.

"l) El mes de octubre de todos los años es un mes de fuertes lluvias en esta región, hecho conocido como fenómeno natural, generalmente."

En las disposiciones legales que se citan a continuación, el demandante fundamenta su acción: artículos 2260, 2263 y 1617 del C. Co., 3º de la Ley 167 de 1938, 155 y 737 del Código Judicial.

* * *

El señor Fiscal del Tribunal al descorrer el traslado de la demanda, negó tanto los hechos como el derecho alegados por el demandante. Asimismo, pidió que el Tribunal absolviera a la Nación, por cuanto los interesados omitieron en la debida oportunidad formular ante el Jurado de Aduana, el reclamo de la avería sufrida y, además, por no haber dejado constancia escrita del daño ocasionado, por medio de peritos.

Ante el Tribunal Superior de Barranquilla se tramitó el juicio de conformidad y se decidió por medio de la sentencia de fecha ocho de abril de mil novecientos cuarenta y dos, que corre a los folios 66 a 74 del cuaderno principal, en la que se condenó a la Nación a pagar a los demandantes, "lo gastado por ellos en la compra, introducción, almacenaje, impuestos, etc., de la cantidad de sacos de trigo que ellos prueben haberse dañado en los almacenes de la Aduana de esta ciudad, y que hacían parte del cargamento de ocho mil diez sacos (8.010) importados por ellos por vapor 'Point San Pedro', según manifiesto de 29 de octubre de 1929. Condénese igualmente a la Nación a pagar a los demandantes los intereses legales que resulten sobre aquella suma, a partir del veintinueve de octubre de mil novecientos veintinueve hasta el día en que el pago se verifique".

Por apelación de ambas partes, interpuesta en la debida oportunidad, ha subido el negocio a esta superioridad, en donde por haberse tramitado la alzada, ha llegado la hora de decidirla previas las consideraciones pertinentes.

Al descorrer el traslado de conclusión, el señor Procurador Delegado en lo Civil, consigna las siguientes observaciones que la Sala transcribe en parte:

"Observo, en primer lugar, que la sentencia recurrida debe ser revocada con sólo comparar sus términos, la extensión de la condena en ella contenida, con lo que pidió el actor, con la extensión de lo que él cree ser su derecho frente a la Nación, pues de tal comparación aparecerá con toda claridad que el Tribunal falló *ultra petita*, reconociéndole a la parte actora más de lo que ella pedía. En efecto:

"Según los términos muy claros y precisos de la demanda (folio 37, cuaderno principal) lo que se demanda es, en primer término lo correspondiente al 57,66% de lo gastado por los demandantes en la compra, introducción, almacenaje, impuestos, etc., de los 1202 sacos que afirman se dañaron por culpa imputable a la Nación; subsidiariamente, solicitan condena al pago del 50% de lo que gastaron por esos conceptos. En parte alguna piden se condene a la Nación a pagar el 100% de lo que les costó la importación de los mencionados 1.202 sacos. Sin embargo, y a pesar de la claridad y precisión de la demanda, el Tribunal de primera instancia condena a la Nación a pagar *lo gastado* por los demandantes en la compra, etc., de los sacos que prueben que se dañaron, es decir, condena al pago de *todo lo*

gastado, y eso no fue lo que se le solicitó ni principal ni subsidiariamente. Desde este punto de vista la sentencia apelada es abiertamente ilegal, por ser claramente violatoria de los artículos 471 —inciso final— y 480 del Código Judicial, y de consiguiente *debe ser revocada*.

"..... .....

"De acuerdo con las disposiciones que el actor invoca, el problema jurídico planteado debe resolverse a la luz de los preceptos que regulan lo referente al depósito necesario. En caso como el de autos, la elección de depositario no depende de la libre voluntad del depositante, puesto que en virtud de lo establecido en los reglamentos de Aduana el depósito de las mercancías importadas ha de hacerse en las bodegas oficiales mientras se liquida y paga el impuesto.

"En el depósito necesario, la responsabilidad del depositario se extiende hasta la culpa leve, y en lo demás se aplican las reglas del depósito voluntario. (Artículos 2260 y 2263 del Código Civil).

"En todo problema jurídico relacionado con la noción de culpa y en que se pretenda deducir responsabilidad por ella, lo primero que ha de quedar establecido es la existencia del hecho material al cual se le califica como culposo, para luégo entrar a examinarlo a la luz de los principios que constituyen la culpa, para concluír afirmando que evidentemente el hecho material ha sido culposo o nó, y en consecuencia, deducir las responsabilidades que puedan existir.

"En el caso de autos el hecho material, que es fundamento y razón esencial de todo litigio, está nitidamente expresado por el actor en los siguientes términos: al ir a retirar el cargamento de trigo '*aparecieron dañados mil doscientos dos sacos en una proporción del 57,66% completamente inútil, según cuentas que en esos momentos se hicieron con intervención de empleados de la Aduana, entre éstos su Administrador*'. Este hecho puede desenvolverse todavía en otros tres perfectamente nítidos y precisos:

"a) El número de sacos;

"b) El porcentaje de demérito, y

"c) La calidad del demérito ('Completamente inútil').

"Sólo cuando aparezcan plena y completamente demostrados estos hechos, sólo entonces, será pertinente estudiar si ellos pueden calificarse como producidos por culpa, descuido o negligencia."

Continúa el señor Procurador examinando las declaraciones de los diferentes testigos que las rindieron ante las autoridades administrativas y judiciales de la primera instancia, a fin de establecer los hechos alegados y de que ya se hizo mención en este proveído, para luégo concluír que por la vaguedad de los testimonios y por no haber más pruebas que acrediten de manera precisa las pretensiones de los actores, se hace necesaria la absolución de la entidad demandada.

Cuestión de competencia.

Considera la Corte que es competente para decidir el presente negocio, por las razones que en seguida se pasa a exponer:

Antes de entrar en vigencia la Ley 79 de 1931, que prácticamente vino a constituír el estatuto aduanero o el Código de Aduanas, no existía disposición expresa que regulara los trámites para hacer efectivos los derechos de los importadores surgidos a consecuencia de averías sufridas en las mercancías importadas por aquéllos, mientras éstas permanecían en los depósitos oficiales para efectos de la liquidación de los derechos de importación.

En la época que sucedieron los hechos que han dado origen a este juicio, solamente estaban en vigencia las Leyes 85 de 1915, 59 de 1917 y 103 de 1928, que en sus artículos 72 de la primera, 13 y 17 de la segunda, y 9º de la última, regulan el procedimiento para establecer las averías sufridas por las mercancías importadas, pero solamente aquellas averías ocasionadas *antes* del respectivo reconocimiento hecho por la Aduana, caso éste diferente al que hoy contempla la Sala, ya que la avería sufrida por los demandantes fue posterior al reconocimiento de las mercancías.

Como se anotó ya, la ausencia de disposiciones legales que determinaran expresamente la responsabilidad del Estado en lo que hace relación a la culpa de sus agentes en el ramo de aduanas, vino a ser suplida por la Ley 79 de 1931, que en su artículo 55 dijo:

"Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, el Gobierno responderá a los dueños de mercancía por toda pérdida, o entrega equivocada, o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje."

Pero esta disposición, por ser posterior a los hechos de la demanda, no puede regular la situación de los demandantes, por el principio de la irretroactividad de las leyes. Por consiguiente, el derecho que tienen los actores en este juicio, hay que buscarlo, y se encuentra, en los principios generales de nuestra legislación, como cuestión de derecho común o privado.

Al efecto, los actores alegan, con razón, que por no tener ellos la potestad de elegir al depositario para efectuar el depósito de sus mercancías, mientras el Estado hacía la liquidación de los derechos de importación, la figura jurídica que se presenta en el caso de autos es la de un depósito necesario, y siendo esto así, el depositario responde hasta de la culpa leve.

Pero aun admitiendo que esta responsabilidad no se derivara, propiamente, por causa del depósito necesario que se dice efectuóse en el caso de autos, se tiene aquí que el Estado siempre es responsable por la culpa de sus agentes en el desempeño de sus funciones con ocasión de la prestación del servicio público de aduanas. Este principio, que tiene su base en las disposiciones pertinentes del Código Civil y de Comercio, vino a consagrarlo en forma especial y expresa el precitado artículo 55 de la Ley 79 de 1931, aunque esta disposición no se aplica al caso de autos por ser posterior a él. Es, pues, competente la Corte para decidir el presente negocio.

Las pruebas.

Para la demostración de los hechos alegados por los demandantes obran en el proceso los respectivos documentos aduaneros, que no han sido rechazados por la contraparte, y que, por consiguiente, tienen el valor probatorio suficiente para establecer el hecho de la importación de ocho mil diez (8.010) sacos de trigo, con peso, costo inicial y demás gastos anexos a dicha operación comercial, realizada por la firma comercial Roncallo Hermanos & Cía., S. A., de Barranquilla, lo mismo que el recibo de dicha mercancía por los agentes del Gobierno y el depósito hecho en las bodegas oficiales llamadas "Almacenes de la Unida". (Folios 25 a 33 del cuaderno principal).

Con el propósito de comprobar el daño sufrido en las mercancías importadas y llegadas al país el 29 de septiembre de 1929, en el vapor "Point San Pedro", los demandantes adujeron una numerosa prueba testifical, de la que se hará la debida relación.

José de J. Churrie, en su calidad de chofer que transportó el trigo de los señores Roncallo Hermanos de los depósitos oficiales a las bodegas de los interesados, dice: "Me consta que en los últimos días del mes de octubre y primeros días del mes de noviembre de mil novecientos veintinueve, al ir a transportar una cantidad de trigo de los señores Roncallo Hermanos & Cía., S. A. del depósito número 11 de la Aduana, conocido con el nombre de almacenes de "La Unida", resultaron mojados como mil doscientos sacos de trigo, de los cuales más de la mitad estaban dañados e inservibles a consecuencia del mal estado del depósito donde se guardaba, al cual penetraba el agua lluvia".

Miguel Acuña, chofer, y también encargado de transportar el trigo en cuestión, depone sobre el mismo punto como sigue: "Al ir a levantar una gran cantidad de trigo de los señores Roncallo Hermanos & Cía., el cual se encontraba en los depósitos de la Aduana conocidos con el nombre de almacenes de 'La Unida', resultaron dañados la mitad de los bultos, pues todo el lote de trigo, que no era menos de mil doscientos sacos, estaba mojado, pues entonces llovía mucho y el depósito no servía. El trigo dañado estaba en estado de no poderlo utilizar".

El señor Roberto Salcedo también declara y dice que por haberlo visto le consta que resultaron dañados un mil doscientos sacos de trigo y que el daño se debió al agua lluvia que penetró al almacén en donde estaba depositado, por el mal estado de dicho almacén.

Y Guillermo Otero, al declarar como Jefe de la Sección de Reclamos del Ferrocarril y por haberlo visto, dice que le consta que "resultaron dañados e inservibles alrededor de mil doscientos sacos", y que este daño se debió a la fuerte lluvia y al mal estado de los depósitos.

Francisco Ruiz, como encargado de descargue, declara en el mismo sentido de los anteriores deponentes, y otro tanto dice el señor Francisco Mendoza, aunque éstos no recuerdan el número de sacos dañados.

Varios de estos testigos, entre ellos Guillermo Otero, Miguel J. Acuña y Roberto Salcedo, al ratificarse en sus declaraciones ante el Tribunal Distrital de Aduanas, adicionaron así su primitiva exposición: El primero, dice: "Agrego que en esa misma fecha se levantó una constancia con todos los pormenores por parte de la Aduana de esta ciudad, constancia que no llegué a firmar por no habérseme notificado para ello y que me di cuenta de que tal constancia se hizo en tal fecha por la minuta que levantó el empleado de la Aduana, encargado de dicho patio, de apellido Rivadeneira, cuyo nombre no recuerdo". Y, por último, el señor Roberto Salcedo, agente de aduana, hizo en este sentido su adición: "Deseo agregar, dice el exponente, que no me explico cómo no aparecen hoy esos datos precisos cuando fueron tomados por el propio Administrador de la Aduana en esa época".

Lo anterior tiene importancia por cuanto el doctor Hernando Carrizosa Pardo, como Administrador de la Aduana de Barranquilla en la época en que los hechos materia de este juicio sucedieron, dice en su declaración lo que sigue:

"No puedo dar testimonio de si es verdad o nó que en los almacenes de La Unida, en la Aduana de Barranquilla, se hubiera averiado el trigo importado por los señores Roncallo Hermanos, porque no recuerdo haber fallado ni haber estudiado reclamación ninguna escrita, levantada ante mi por dichos importadores. Si la reclamación que ellos hicieron fue verbal y yo emití sobre ella alguna opinión, no lo recuerdo en este momento. Por otra parte, *es cierto que el almacén de La Unida estaba en malas condiciones para defender a la mercancía de la lluvia* —subraya la Corte—, pero también es cierto que cuando se importaban cargamentos como el trigo, que podían dañarse durante su permanencia en la Aduana, se facilitaba la entrega inmediata de esos cargamentos constituyendo un depósito provisional. Si los señores Roncallo no usaron entonces de esa facilidad sino que dejaron su trigo en La Unida y llovió y se averió el trigo, es cosa que no fue comprobada ante mí como Administrador de la Aduana a raíz de la entrega del cargamento, que si el reclamo hubiera sido interpuesto, se habrían tomado las medidas necesarias para controlar la existencia de la avería, como se acostumbra y hace siempre cuando existe una avería y se deja constancia de ella en el acto de la entrega. Es imposible que de un reclamo verbal, como debió ser el que hicieron los señores Roncallo, si es que hicieron alguno, pudiera guardarlo yo en la memoria teniendo en cuenta la enorme cantidad de negocios, reclamaciones y ocupaciones que embargan la atención del Administrador de la Aduana. Repito que la facilidad del depósito provisional que permitía sacar el cargamento inmediatamente que llegaba a la Aduana y era reconocido, hace que si el trigo permaneció en las bodegas de la Aduana fue porque los interesados no usaron de ese derecho sino que demoraron la permanencia del trigo en las enramadas de La Unida".

El mismo ex-Administrador de la Aduana de Barranquilla, como se deduce de la anterior transcripción de su declaración, no desconoce o rechaza la avería sufrida por el cargamento de trigo depositado en los almacenes de La Unida, mercancía cuyos dueños eran los señores Roncallo Hermanos & Cía., S. A., y sugiere que de haber ocurrido la avería o las circunstancias que la determinaron, los dueños del cargamento pudieron evitarla mediante la entrega provisional de aquél. Pero este medio, no establecido legalmente, sino, a lo que parece, por una costumbre aduanera, no era precisamente obligatorio por parte de los interesados para obviar los daños que pudieran sufrir sus mercancías. El llamado "barbeo", destinado a facilitar la salida preferencial, a juicio del importador, de determinada mercancía, hacía, por otra parte, más onerosa su condición, pues le imponía mayores gastos; y lo corriente es que desde el momento en que el Estado recibe las mercancías importadas, para su propio beneficio, pues lo hace con el único fin de controlar para liquidar los derechos de importación, se hace responsable como depositario que es de todo daño sufrido en ellas, por culpa, negligencia o descuido de sus agentes. Los depositantes podían estar tranquilos a este respecto. La única obligación de ellos era la de pagar los derechos de aduana cuando la Administración les pasara la respectiva liquidación, pero no inmediatamente si no estaban en posibilidad de hacerlo, pues la Ley 59 de 1917, en su artículo 20 les concedía un plazo de seis meses para retirar las mercancías, contados desde la fecha en que quedaran reconocidos y pagados los derechos correspondientes. Es decir, que durante esos seis meses podían los importadores pagar los impuestos y luégo retirar las mercancías. La liquidación de los derechos de aduana fue presentada el 19 de octubre de 1929 y éstos fueron pagados el 30 de octubre del mismo año.

El expediente da cuenta de que antes de iniciarse el presente juicio hubo una larga tramitación administrativa promovida por los interesados en este caso ante el Administrador de la Aduana de Barranquilla, el Ministerio de Hacienda, el Jurado de Aduanas, el Tribunal Distrital de Aduana de Barranquilla que sustituyó al Jurado del Puerto, y por último ante el Tribunal Supremo de Aduanas. Esta última entidad puso fin a la actuación en providencia de 8 de abril de 1933, declarando su falta de competencia para decidir este caso, como puede verse por los siguientes párrafos de la citada providencia:

"El Tribunal Distrital de Aduanas de Barranquilla profirió fallo adverso a los interesados fundándose en el contenido de los artículos 72 de la Ley 85 de 1915 y 13 y 17 de la Ley 59 de 1917 y el 9 de la Ley 103 de 1928.

"Estas disposiciones reglan averías anteriores a la operación del reconocimiento de la mercancía para fijar la cantidad sobre la cual debe recaer el gravamen aduanero, pero cuando se trata de mercancía que fue reconocida sin avería y ésta sobreviene posteriormente cuando tal mercancía se encontraba en un depósito oficial, ya despachada por su retiro, las disposiciones especiales citadas no pueden tener aplicación y la responsabilidad del Estado tiene que fijarse por reglas distintas.

"El doctor Francisco Castilla G., personero de los introductores, en alegato extenso e interesan-

le plantea el problema en el terreno de la responsabilidad propia de los depositarios.

"La Ley 85 de 1915 y la 59 de 1917 no establecieron procedimientos para ventilar casos como el actual, tal vez por la delicadeza que ellos presentan y por lo mismo lo inconveniente que hubiera sido tratarlos en una actuación aduanera de trámites breves donde el Estado no podía defender sus derechos con la debida amplitud.

"La Ley 79 de 1931, consecuente con la organización aduanera establecida por ella con organismos juzgadores permanentes y sometidos a cumplimientos de preceptos legales, con el carácter de juzgadores de derecho, y con las responsabilidades del caso, reconoció en su artículo 55 el deber del Gobierno de responder de las pérdidas y averías que tuvieron lugar en los depósitos oficiales de las aduanas.

. . . . . .

"La discusión en el caso presente al respectivo sería del campo de las puras teorías, o más bien de valor académico, porque en las Leyes 85 de 1915, 59 de 1917 y 103 de 1928 no existe precepto alguno que diera competencia a las autoridades aduaneras para dirimir reclamaciones de avería de la clase de la que se estudia.

"Y no se diga que esta conclusión negaría la posibilidad de ejercitar un derecho, porque ya se explicó que lo delicado del asunto y la falta de defensa proporcionada para el Estado hizo que no se sometieran a los trámites aduaneros, de suyo breves, reclamaciones de esta naturaleza, pero ello no significa que si pudiera existir algún derecho para los introductores, no se podría hacer valer ante la justicia ordinaria.

"La reclamación se instauró el 14 de noviembre de 1929, y como la ley que establece la obligación del Estado de reconocer las averías de mercancías causadas en los depósitos de las aduanas entró en vigencia en 1931, tal reclamación queda sometida a los trámites de la ley vigente al tiempo que se inició, conforme a la parte final del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

"En síntesis: si el reconocimiento de la mercancía se hizo en 1929, en octubre, y la reclamación se promovió el 14 de noviembre del mismo año, es obvio que si efectivamente ocurrió la avería motivo del reclamo, el derecho que pudiera haberse originado tenía que estar reconocido en la legislación vigente cuando ocurrió la avería, y el ejercicio del derecho, es decir, la acción pertinente también tenía que sujetarse a las disposiciones procedimentales respectivas. Y ya se vio que las leyes que rigieron hasta antes de la 79 de 1931 no amparaban al importador por averías ocasionadas con posterioridad al acto del reconocimiento de la mercancía, ni en las distintas disposiciones legales se encuentra el procedimiento que debiera seguirse para esa clase de reclamos.

"Como la ley no puede tener efecto retroactivo, las disposiciones que contiene la 79 de 1931 no pueden aplicarse, en sus principios sustantivos, al presente caso, porque de conformidad con elementales principios de derecho tal ley no puede contemplar y reglamentar sino los fenómenos jurídicos surgidos desde el día de su vigencia."

* * *

Concuerda, como se ve, lo resuelto por el Tribunal Supremo de Aduanas con la apreciación que de este caso hace ahora la Corte.

Con efecto, si ni en las Leyes 85 de 1915, 59 de 1917 y 103 de 1928 se encontraba expresamente el modo para fallar administrativamente el reclamo de la firma Roncallo, ni en la 79 de 1931, por ser posterior, no quiere ello decir que no existieran y existan con fuerza de aplicables, ante la justicia ordinaria, las normas legales de carácter general que regulen este caso y amparen el derecho de los reclamantes.

Constituído con el carácter de forzoso o necesario el depósito de las mercancías en las aduanas de la República, al Estado le son aplicables las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio, que regulan este contrato en cuanto a sus derechos y obligaciones.

Las disposiciones pertinentes son las que a continuación se citan:

Dice el artículo 2252 del Código Civil:

"La obligación de guardar la cosa dura hasta que el depositante la pida; pero el depositario podrá exigir que el depositante disponga de ella cuando se cumpla el término estipulado para la duración del depósito, o cuando aun sin cumplirse el término, peligre el depósito en su poder o le cause perjuicio. Y si el depositante no dispone de ella, podrá consignarse a sus expensas con las formalidades legales."

Por su parte, los artículos 941, 349 y 350 del Código de Comercio Terrestre rezan lo siguiente:

"Los derechos y obligaciones del depositante y depositario de mercaderías son los mismos que otorga e impone este Código a los comitentes y comisionistas."

"El deterioro o la pérdida de las mercaderías existentes en poder del comisionista no es de su responsabilidad si ocurriere por caso fortuito, o por vicio inherente a las mismas mercaderías. Ocurriendo el deterioro o pérdida por culpa del comisionista, deberá éste indemnizar cumplidamente a su comitente de todos los daños y perjuicios que le sobrevengan. A esa mis-

ma responsabilidad quedará sometido el comisionista, cuando la pérdida o deterioro causada por un caso fortuito, o por vicio propio de la cosa, acaeciere después de haber incurrido en culpa."

"Es obligación del comisionista hacer constar, en forma legal, el deterioro o la pérdida, y dar aviso a su comitente sin demora alguna."

Para la Corte, aparece plenamente demostrado, no sólo con la prueba testimonial, a que se ha hecho referencia ya, sino con el informe oficial del Almacenista General de la Aduana de Barranquilla obrante al folio 2 del cuaderno número 1, que en un cargamento de 8.010 sacos de trigo de Roncallo Hermanos & Cía., depositado en el almacén de la Aduana de Barranquilla denominado de "La Unida", fuera de diez y ocho sacos faltantes, cien sacos fallos y nueve vacíos, hubo avería que "debió ser a causa de goteras de los techos metálicos debido a las grandes lluvias del mes de octubre pasado". (Se alude al año de 1929).

El mismo señor Carrizosa ex-Administrador de esa Aduana en aquella época, acepta en su declaración que se dejó citada que "es cierto que el almacén de La Unida estaba en malas condiciones para defender a la mercancía de la lluvia".

La existencia del daño y la responsabilidad de la Nación, no pueden, pues, ponerse en duda, pues las obligaciones de conservar la carga depositada en las debidas condiciones de seguridad para evitar su pérdida o avería, y la de dar oportuno aviso a los depositantes o introductores para que oportunamente también la retiraran, si no había otro medio para conservarla en buen estado, estaban a cargo de la Nación como depositaria. Esto se deduce claramente de las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio que arriba se citaron, y puesto que la existencia de este daño aparece comprobada, la consiguiente obligación de condenar a repararlo, aunque la existensión o cuantía de la indemnización no se haya establecido con precisión en el presente juicio, es clara también a tenor de lo dispuesto en el artículo 2341 del Código Civil, que dice que "El que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización", en el artículo 2356 ibidem, que dice que todo daño imputable a culpa o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, y de acuerdo con el artículo 480 del Código Judicial, conforme al cual "cuando haya de hacerse condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fija su importe en cantidad líquida, o se establece, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba 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."

Por ello, la Corte considera que existen en autos elementos de convicción suficientes para pronunciar en el presente caso, como pronunciará, una condena *in genere,* para que por medio de los trámites que establece el artículo 553 del Código Judicial, se determine con precisión cuál fue la cantidad de trigo que resultó inutilizada de los mil doscientos dos sacos afectados por la acción de la lluvia; cuánta la suma que por razón de ese demérito perdieron o dejaron de percibir Roncallo Hermanos & Cía.; y cuáles las sumas que proporcionalmente correspondan por su valor, por impuesto de aduana, gastos de transporte, etc., a la cantidad de trigo que no pudo ser aprovechado por dichos importadores a causa del accidente sufrido.

Son éstas las bases para la liquidación de los perjuicios correspondientes al daño que se reconoce, ya que la Corte encuentra que no está probada la excepción de prescripción que en la primera instancia propuso el Agente del Ministerio Público, por cuanto lo perseguido en este juicio no es una cantidad de bienes muebles —los sacos de trigo que resultaron dañados— sino los perjuicios por la avería que sufrieron, acción que no prescribe por la vía ordinaria, que es la promovida, sino en un lapso de veinte años a partir del año de 1929.

Para aceptar que el número de sacos de trigo que resultaron mojados fue de mil doscientos dos sacos, la Sala ha tenido en cuenta lo siguiente:

En esta segunda instancia, los demandantes adujeron las declaraciones de los señores José Mangones y Roberto Salcedo (cuaderno número 6, folios 5 a 7), y de tales testimonios aparece comprobado con precisión no sólo que los sacos de trigo que resultaron mojados en los almacenes de La Unida fueron *mil doscientos dos sacos,* sino que ambos testigos dan la razón de su dicho en la siguiente forma:

"Lo que dejo contestado —manifiesta el testigo Mangones— me consta por haberlo visto, pues como empleado que era a la sazón de la Agencia de Aduanas del señor Germán Salcedo intervine en la recepción del trigo para despachárselo a los señores Roncallo Hermanos & Compañía y recuerdo los hechos precisos por lo particular del caso."

El testigo Roberto Salcedo dijo: "Lo contestado me consta por haber presenciado los hechos a que me refiero en los momentos en que se sacaba el trigo de los almacenes de depósito número once de la Aduana, Almacenes de La Unida y por lo original de lo ocurrido recuerdo el hecho ese."

Para la Corte son aceptables estos testimonios acordes en cuanto a que el número de sacos de trigo *mojados* en La Unida fue de mil doscientos dos sacos porque este hecho, corroborado, además, con los otros testimonios, que no discrepan notablemente, está sujeto a la simple apreciación de los sentidos, pero no los encuentra aceptables en cuanto se encaminan a demostrar que la cantidad dañada o inutilizada de esos mil doscientos dos sacos de trigo, ascendió como lo dicen también estos y otros testigos, al 57,66% de su contenido, pues este hecho sólo puede ser constatado plenamente con pruebas distintas de la testimonial en el respectivo incidente de liquidación conforme al artículo 553 del Código Judicial.

Por todo lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia apelada, y en su lugar *falla:*

Primero. Condénase a la Nación a pagar a Roncallo Hermanos & Cía., S. A., el valor de compra, gastos de transporte e introducción al país de la cantidad de trigo que se pruebe quedó inutilizada completamente, de los mil doscientos dos sacos que resultaron mojados a causa de la lluvia en los almacenes de "La Unida", de propiedad de la Nación.

Segundo. Condénase igualmente a la Nación a pagar a los mismos demandantes, el valor del respectivo impuesto de aduana y demás gastos en esta oficina, que correspondan proporcionalmente, a la misma cantidad de trigo a que se refiere el punto primero que antecede.

Tercero. La determinación de la suma líquida que deba pagar la Nación, conforme a lo expuesto en los puntos primero y segundo de este fallo, se hará conforme a las bases señaladas en la parte motiva de éste y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial.

Cuarto. Niégase el pago de intereses legales.

Quinto. No se condena en costas por tratarse de la Nación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, dése aviso al Ministerio de Hacienda, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

Por medio del anterior escrito, el señor Procurador Delegado en lo Civil, solicita aclaración de la sentencia de esta Superioridad, de fecha diez y nueve de octubre último pronunciada en el juicio ordinario de Roncallo Hermanos & Cía., S. A., contra la Nación.

Considera el señor Procurador que la sentencia de que se trata adolece de oscuridad que puede prestarse para que se la califique de *ultra petita* y al respecto resume así su concepto:

"Por lo expuesto, considero que el fallo proferido por esa honorable Sala adolece, en su parte resolutiva, de algunas deficiencias de redacción que no permiten entender la condena con toda claridad. Parece, por la manera como está redactada dicha parte resolutiva, que se condene a pagar a la Nación el 100% del valor de compra, gastos de transporte e introducción al país del trigo mojado, habiéndose pedido sólo la condena sobre el 57,66% (subsidiariamente 50%) de lo gastado en el mismo trigo; y parece también, por el error anotado en la parte motiva del fallo, que se condenara a la Nación al pago de un lucro cesante que no ha sido demandado ni debatido."

Entiende la Corte que la sentencia mencionada es suficientemente clara y que de ella no se desprende que se condene a la Nación a pagar *"el 100%* del valor de compra, gastos de transporte e introducción al país, del trigo mojado", ni tampoco que se le condene a pagar más del 57,66%, *como máximo,* de lo que reza su parte resolutiva en consonancia con lo que se dejó expresado en la parte motiva.

En efecto, dijose en la parte resolutiva:

"Primero. Condénase a la Nación a pagar a Roncallo Hermanos & Cía., S. A., el valor de compra, gastos de transporte e introducción al país de la cantidad de trigo que se pruebe quedó inutilizada completamente, de los mil doscientos dos sacos que resultaron mojados a causa de la

lluvia en los almacenes de 'La Unida', de propiedad de la Nación.

"Segundo. Condénase igualmente a la Nación a pagar a los mismos demandantes, el valor del respectivo impuesto de aduana y demás gastos en esta oficina, que correspondan proporcionalmente, a la misma cantidad de trigo a que se refiere el punto primero que antecede.

"Tercero. La determinación de la suma líquida que deba pagar la Nación, conforme a lo expuesto en los puntos primero y segundo de este fallo, se hará conforme a las bases señaladas en la parte motiva de ésta y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial."

Si "la determinación de la suma líquida que debe pagar la Nación conforme a los puntos primero y segundo de este fallo", como reza el punto tercero arriba transcrito, no puede hacerse en el incidente de que trata el artículo 553 del Código Judicial sino "conforme a las bases señaladas en la parte motiva", es claro que en tal incidente no se puede aceptar, llegado el caso, más que un demérito, como máximo, del 57,66% del contenido de los mil doscientos dos sacos de trigo que resultaron mojados, porcentaje éste que constituye el máximo de lo pedido en la demanda, y al cual se refiere la sentencia en el siguiente párrafo de la parte motiva:

"Para la Corte son aceptables estos testimonios acordes en cuanto a que el número de sacos de trigo *mojados* en La Unida fue de mil doscientos dos sacos porque este hecho, corroborado, además, con los otros testimonios, que no discrepan notablemente, está sujeto a la simple apreciación de los sentidos, pero no los encuentra aceptables en cuanto se encaminan a demostrar que la cantidad dañada o inutilizada de esos mil doscientos dos sacos de trigo, ascendió como lo dicen estos y otros testigos, al 57,66% de su contenido, pues *este hecho* —subraya la Sala— sólo puede ser constatado plenamente con pruebas distintas de la testimonial en el respectivo incidente de liquidación conforme al artículo 553 del Código Judicial."

¿Cuál es el "*hecho*" que según lo expuesto ahí por la Corte "sólo puede ser constatado plenamente con pruebas distintas de la testimonial en el respectivo incidente de liquidación conforme al artículo 553 del Código Judicial"?

Lo expresa claramente la parte motiva de ese párrafo: "que la cantidad dañada o inutilizada de esos mil doscientos dos sacos de trigo" ascendió *"al 57,66% de su contenido"*, hecho para el cual no se encontró aceptable la prueba testimonial aducida en este juicio. No podría, pues, pensarse que en la liquidación correspondiente, la Corte aceptara un porcentaje mayor de demérito de los mil doscientos dos sacos de trigo que resultaron mojados ni a lo que, proporcionalmente a tal porcentaje, debe pagar la Nación, conforme a la parte resolutiva de la sentencia cuya ejecución se debe efectuar por medio de esa liquidación. La "suma que por razón de ese demérito perdieron o dejaron de percibir" Roncallo Hermanos & Cía., no puede ser otra, pues, sino la que corresponda al valor de compra, gastos de transporte e introducción al país (entre los cuales se cuenta el respectivo impuesto de aduana y gastos en esta oficina) de ese cincuenta y siete con sesenta y seis por ciento (57,66%), como máximo de los mil doscientos dos sacos de trigo mojados.

En los términos que quedan expuestos arriba, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, deja resuelto el escrito del señor Procurador Delegado en lo Civil.

Notifíquese.

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario.

Propuesta de exploración y explotación de petróleos. Cosa juzgada. Localización de un predio sobre determinado fundo.

1.—La fuerza obligatoria que una sentencia judicial tenga para inhibir el pronunciamiento de otra posterior que le sea contraria, esto es, para que opere el principio de que res judicata pro veritate habetur, no puede acogerse éste sino contemplando previamente si se hallan reunidos los elementos esenciales que configuran el fenómeno de la cosa juzgada, y que son los siguientes: identidad de causa, identidad jurídica de personas e identidad de objeto (artículos 473 y 474 del Código Judicial). Sin la concurrencia de estos elementos, la sentencia posterior carece de poder inhibitorio sobre el juicio. Si el juicio es especial, o, como el referente a petróleos, de carácter sumario, la sentencia con que él termine tiene dentro de él y tratándose de otro juicio de la misma clase, entre las mismas partes y sobre la misma cosa, el carácter de definitiva, aunque pueda ser revisada en juicio ordinario (artículo 7º, Ley 160 de 1936); pero esto no quiere decir que no deban concurrir en el primer juicio también las mismas circunstancias de identidad jurídica de las partes y del objeto, para que realice el mismo alcance inhibitorio sobre otra decisión posterior que le sea contraria en un nuevo juicio de la misma índole. Si así no sucediere, el Tribunal ante quien se lleve el nuevo juicio dispone del mismo poder jurisdiccional y decisorio para calificar el mérito de las pruebas aducidas y la posición jurídica de las partes en este último, sin sujetarse, con carácter compulsorio, a lo que antes se hubiera calificado y decidido en el otro juicio anterior.

2.—Ya ha dicho la Corte que "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 y geográfica, se encuentra que este 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 técnicamente un título, sino de esa realidad procesal, geográfica y topográfica, que resulte de poner en relación, en el terreno, lo que ese título exprese, con los elementos determinantes que sirvan para conocer el objeto a que el título se refiere, cuando median las circunstancias, susceptibles de inducir a error, a las cuales se ha hecho arriba referencia".

3.—También ha dicho la Corte que es 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, para que éstos puedan invocar y para que a éstos se reconozca derecho al petróleo que pueda encontrarse en el subsuelo de tales tierras. Sin esto no será legalmente posible hacer tal reconocimiento, porque a ello se oponen principalmente el artículo 7º, ordinal c) de la Ley 160 de 1936 y los artículos 222 y 593 del Código Judicial. Igualmente dijo la Corte que "los conceptos y observaciones ante quien se presentan y tramitan administrativamente los avisos y propuestas relacionadas con exploración y explotación de petróleos, no obligan a la Corte", pero ésta debe tener claros fundamentos de orden legal para apartarse de ellos cuando no han sido desvirtuados por los interesados por los medios probatorios conducentes, ya ante el mismo Ministerio, ya ante la Corte, sobre todo cuando tales conceptos y observaciones emanan de una oficina de carácter técnico, como lo es la adscrita a aquel Ministerio para la ejecución de planos, medidas, etc.

4.—A la prescripción adquisitiva de largo tiempo por la explotación económica del suelo se llega a través de la posesión material que se ejerce sobre una cierta y determi-

nada porción de terreno, y si no se sabe con seguridad cuál es ésta, porque no se ha determinado y localizado claramente por los medios legales, no puede reconocerse ni declararse como consumado el consiguiente fenómeno jurídico del dominio o propiedad particular con el subsuelo de esa porción de terreno, y el correlativo de su salida del patrimonio del Estado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez).

La Compañía Shell de Colombia, y la señora Carmen Varela v. de Tello e hijos, aparecen como interesados, la primera, como contratista y los segundos, "como propietaria" en la exploración y explotación del subsuelo petrolífero de una finca denominada "La Picota", ubicada en el Municipio de Mariquita, Departamento del Tolima.

El Ministerio del ramo no aceptó la propuesta de aviso que ante él se hizo para emprender trabajos de exploración y explotación en el subsuelo del terreno arriba mencionado, por considerar que no se había demostrado que era de propiedad particular la finca La Picota, y por ello remitió el negocio a esta superioridad, la que pasa a decidirlo, después de haber sufrido los trámites legales de rigor.

I

La parte avisante, pretende derivar derecho particular en las tierras materia del aviso, y al respecto, en el alegato de su apoderado que corre a folios 16 a 25 del cuaderno número 2 del presente juicio, se hace el siguiente resumen:

"Título originario del Estado.

"Don Juan de Villanueva, conocido colonizador español fue propietario de un gran fundo que colindaba con los Ejidos de Mariquita, por una parte, con el río Gualí por otra, y con la cordillera por la otra, fundo que adquirió por varias mercedes que le hicieran las instituciones legalmente autorizadas en esa época por la Corona Española, para dar en venta merced o composición, tierras en las Indias, a sus súbditos. Esas tierras que vinieron a formar el fundo de don Juan de Villanueva estaban en posesión de su familia desde el año de 1553, cuando el Capitán Francisco Núñez Pedroso le señaló a la ciudad de Mariquita que acababa de fundar, los límites de sus ejidos, y dice en la diligencia de fijación de ellos, hecha el 8 de enero de 1553, que colindaban con estancia de Francisco de Villanueva.

"Las mercedes hechas a don Juan de Villanueva y que vinieron a formar la hacienda de que se viene hablando fueron las siguientes:

"1.—Una caballería de ganado mayor que le dio el Cabildo de Mariquita, merced que no ha sido encontrada, pero sí la confirmación de ella hecha el 14 de agosto de 1581 por el Licenciado don Pedro de Zorrilla, Presidente de la Real Audiencia de Santa Fé, donde se dice que 'confirmo, doy 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 título que de ella tenéis u os hubiere dado el dicho Cabildo y regimiento de la dicha ciudad de Mariquita'. Esta confirmación por sí sola constituye un título originario del Estado. (Véase el cuaderno de pruebas de la Compañía avisante).

"2.—El Cabildo de Mariquita hizo una nueva merced a don Juan de Villanueva de una estancia de pan sembrar, y de unos pedazos de monte de poco provecho, el 9 de septiembre de 1589 y esta merced le fue confirmada por el Gobernador del Nuevo Reino de Granada don Juan de Borja el 15 de junio de 1616. En el texto de la merced que obra en el cuaderno de pruebas se puede leer lo siguiente: '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 teníades necesidad de *una estancia de pan sembrar* conforme a las demás que por este Cabildo se acostumbran dar..... y que un pedazo de tierra está vaca y despoblada, camino de los Indios del Capitán Diego de León Garavito, y lindero de estancias suyas *a la mano derecha hacia el río de Gualí*, y se os hiciese merced de ella..., y asimismo nos pedisteis se os hiciese merced de *unos pedazos de mónte* de poco provecho, *que caen en la estancia de ganado mayor que vos tenéis junto a los ejidos de esta ciudad*.....' (Subrayamos).

"3.—El Cabildo de Mariquita hizo merced el 27 de mayo de 1581 a Díaz Sánchez de Quesada de una estancia a orillas del río Gualí, lindando también en parte con los ejidos de Mariquita, de ella se le dio posesión en agosto de ese mismo año y se le hizo confirmación el 17 de agosto de 1582. Esta merced tiene importancia porque cobija tierras que colindaban con las de don Juan de Villanueva, y por el pleito que entre los

dueños de unas y otras se suscitó más tarde, por razón de la colindancia, de la cual se hablará adelante.

"Los títulos de merced que se acaban de enumerar, son los más antiguos entre los títulos originarios del Estado que cobijan las tierras de 'La Picota', pero no los únicos, porque hay después *composiciones*, que también pueden y deben considerarse como títulos emanados del Estado, y que si aisladamente tienen plena fuerza probatoria, con mayor razón como complementarios de las mercedes que se acaban de anotar. En el desarrollo lógico de este alegato se traerán a cuento esas composiciones y se hará el cotejo necesario entre las mercedes y la numerosa cadena de títulos posteriores a ellas en orden a mostrar la determinación de la finca desde su salida del Estado hasta la fecha.

"Síntesis de la tradición de la finca y sus linderos, para la determinación.

"Para demostrar sin lugar a duda la determinación de la actual finca de 'La Picota' y la conexión directa que hay entre esta finca y las tierras de donde ella se deriva hasta llegar al fundo que poseyó con títulos de la Corona Española don Juan de Villanueva, nada mejor que hacer una historia sintética de la tradición del inmueble, a partir de su primer propietario don Juan de Villanueva, hasta llegar a la actual finca materia del juicio.

"Como se dijo atrás, en el siglo XVI, mediado éste, estaba en posesión de las tierras don Francisco de Villanueva, padre posiblemente de don Juan de Villanueva, según aparece de la mentada diligencia de deslinde de los ejidos de Mariquita hecha el 8 de enero de 1553. Las mercedes de 1581 y 1589 hechas a don Juan de Villanueva vinieron pues a legalizar en la familia de los Villanuevas la posesión de sus tierras.

"Entre 1588 y 1589 don Diego de Ospina hizo solicitud al Cabildo de Mariquita para que se le diese en merced una estancia de ganado, a la cual solicitud se opuso don Juan de Villanueva, por estimar que esa merced si fuese hecha, iría en perjuicio 'de las estancias que él tenía y poseía por la dicha mi Real Audiencia'. Esta oposición originó un pleito, fallado en última instancia por la Real Audiencia el 30 de junio de 1588, por medio de providencia en la cual se confirmaba a don Juan de Villanueva en la posesión de su finca.

"En 1616 don Juan de Villanueva sostuvo un pleito con su vecina doña Beatriz Pedroso, por 'dos pedazos de arcabuco' que estaban en la colindancia de ambos predios. Fundaba su pretensión a los arcabucos el señor de Villanueva, en las mercedes y posesión de que se ha hablado atrás, y fundaba la suya doña Beatriz, en la compra que había hecho a los sucesores de Díaz Sánchez de Quesada de una estancia que le había dado en merced, el Rey, a dicho señor. Esta merced obra en autos y cobija las tierras de 'El Pedregal' colindantes con las de 'La Picota' y demás tierras de Villanueva.

"Francisco de Frías, casado con doña Isabel de Villanueva, hija de don Juan, a nombre de su suegro y en el pleito de que se viene hablando pidió declaración a Miguel de Zamora, Francisco García de Mora y Adrián de Rivera, los cuales la rindieron con base en los puntos del interrogatorio propuesto por Frías, quien les pidió testificaran entre otras cosas sobre lo siguiente: '2. Digan si es verdad que há más de cuarenta y cinco años, que el dicho Capitán Juan de Villanueva ha tenido y poseído la estancia de ganado mayor, camino de Honda, donde siempre ha tenido casas y corrales, con cantidad de ganados vacunos, y caballar'. '6. Digan, si es verdad que los dos pedazos de arcabuco que están y caen en la dicha estancia, los ha poseído y tenido por suyos el dicho Capitán Juan de Villanueva, y junto de ellos tuvo unos ranchos y corrales para ganado y potros, y que el susodicho no ha dejado ni consentido a nadie que los roce, ni cultive, ni nadie le ha inquietado en ellos, ni su posesión'. '10. Y si es verdad que yendo Matías de Guevara, Regidor de esta ciudad, a hacer las diligencias que mandó Su Señoría, le contradijo lo susodicho el dicho Capitán Villanueva, y presentó el título que tiene de los dichos arcabucos, lo cual es notorio y público'.

"Miguel de Zamora declaró: 'A la segunda pregunta dijo: Que ha tiempo de treinta y cuatro años, poco más o menos, que vino este testigo de los reinos de España a esta ciudad, donde ha asistido de ordinario todo el dicho tiempo, y desde entonces acá ha visto que el Capitán Juan de Villanueva, ha tenido y poseído, como cosa suya, la estancia de ganado mayor que la pregunta refiere, en el camino de Honda; y ha visto en todo el dicho tiempo, que el susodicho la ha tenido poblada con casas y corrales y cantidad de ganado vacuno, yeguas y caballos, sin que haya visto, sabido, oído ni entendido cosa en contrario, y esto responde'. 'A la sexta pregunta, dijo: Que ha visto los dos pedazos de arcabucos contenidos en la pregunta, en los cuales vido rozar a Francisco de Villanueva, hijo del dicho Capitán Juan de Villanueva, más ha de veinte años, y vido asimismo que el dicho Francisco de Villanueva, tenía potrero de caballos y potros allí junto, y que usaba de aquello y del dicho

sitio sirviéndose del dicho potrero y de los dichos arcabucos, lo cual sabe este testigo, porque tuvo caballos suyos en aquel mismo potrero, y que no ha visto, sabido, oído ni entendido que otra persona haya rozado allí, más del dicho Francisco de Villanueva, hasta ahora que entró a rozar en los dichos arcabucos la dicha Beatriz Pedroso, y esto responde.' En parecidos términos se expresan los demás testigos, estando de acuerdo todos en la posesión que siempre tuvo Villanueva de la estancia y arcabucos de que allí se habla. (Véase cuaderno de pruebas).

"A la muerte de don Juan de Villanueva pasaron las tierras a poder de su hija Isabel de Montalvo, casada con don Francisco de Frías, la que adelantó el pleito con Beatriz Pedroso, según se desprende del poder dado el 8 de abril de 1617 por Francisco de Frías y su mujer, a don Juan de Ibáñez, donde dice la señora de Frías, que lo da 'como hija y universal heredera del Capitán Juan de Villanueva, mi padre difunto, que Dios haya, cuya herencia tengo aceptada'. Doña Isabel de Montalvo o de Frías, vendió en el año de 1632 las tierras que había heredado de su padre, parte a Francisco Floriano y parte *a Domingo García,* que fue lo que se llamó 'La Picota' o 'Sierra Picota'. Estas ventas no se pudieron hallar, pero la existencia de ellas está probada en un documento que figura en el expediente y de que adelante se hablará.

"Todas las tierras de la jurisdicción de Mariquita fueron compuestas en el año de 1635, y con ellas las que pertenecían en ese entonces a Domingo García por haberlas comprado a doña Isabel de Frías, la hija de don Juan de Villanueva. El Cabildo de Mariquita dio para ello poder a Miguel Murillo Velarde, para que las compusiera al *por mayor,* con el comisionado don Antonio Rodríguez de San Isidro, quien en auto de 30 de enero de 1635 aceptó el instrumento de composición hecho por el apoderado en ese mismo día. Y el 17 de marzo de 1637 en desarrollo del acuerdo de composición, el Cabildo de Mariquita procedió al avalúo de las estancias compuestas, para el pago de los derechos de composición, y en la lista de propietarios elaborada por el Alcalde de Mariquita, se encuentra García nombrado así: 'Domingo García debe pagar siete pesos y medio por cincuenta en que se le avaluó su estancia de Sierra Picota'. (Véase folio 71 vuelto del cuaderno principal).

"En el año de 1703 el Sargento Mayor don Juan Santos Marcos Martínez, era dueño según aparece de varios documentos, tanto de las tierras que el Capitán Floriano había comprado a doña Isabel de Frías, como de las tierras que Domingo García había comprado de la misma señora, es decir, las de 'Sierra Picota'. O sea que para esa fecha y en el citado Sargento, se volvieron a unir las dos porciones de la gran finca que perteneció a don Juan de Villanueva, y que su hija doña Isabel vendió a las dos personas arriba nombradas.

"En efecto, en dicho año de 1703, el Alcalde de Mariquita don Francisco Fernández de Castañeda, hizo un reconocimiento de los linderos de las tierras 'que fueron de doña Isabel Montalvo, 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..... con vista en estos autos y los instrumentos de los dichos límites que tienen presentados el dicho Sargento Mayor don Juan Santos Marcos Martínez, así en el testimonio del apuntamiento del ejido y pasto común de esta ciudad, como los que constan de la escritura de la dicha 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 el año de mil seiscientos treinta y siete, Domingo García, del pedazo de tierra llamado Sierra Picota, contenida en la venta que hizo al susodicho la dicha sona Isabel de Montalvo,* reconoció su merced de 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 del 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 del Norte, un morrito de sabana, que está en la estancia que fue de doña Beatriz Pedroso, el cual suelen llamar el cerro de Gonzalo de Rivera, y en el intermedio de este dicho farallón a dicho morrito, hace una ceja de monte una quebrada, que llaman La Toma, y después de lo susodicho, 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 de El Surco abajo, *hasta 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 y cerrito, en la forma que en 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.....'

"Este documento es muy importante, por cuanto en él se hace una relación muy detallada de la tradición de las tierras desde don Juan de Villanueva hasta don Juan Santos Marcos Martínez, y por la autoridad competente que lo era el Alcalde de Mariquita, se hace el reconocimiento de los linderos de las tierras 'con vista de estos autos y los instrumentos de los dichos límites que tiene presentados el dicho Sargento Mayor don Juan Santos Marcos Martínez', como lo atestigua el mismo funcionario. (Véase en el cuaderno de pruebas el despacho número 867).

"Según puede verse en el documento número 19 que obra en el cuaderno principal, el 13 de noviembre de 1721 el Juez de Tierras José de Quintana y Acevedo dictó un auto para averiguar sobre las composiciones de tierras que anteriormente se habían verificado y sobre las personas beneficiadas con ellas, para que se presentasen con sus títulos. Reunido el Cabildo de Mariquita el 26 de enero de 1722 para obedecer lo ordenado por el Juez de Tierras, resolvió solicitarle 'declare por libres de otra composición todas las tierras de esta ciudad y su jurisdicción por no deberse cosa alguna a Su Majestad', en vista de que el año de 1635 se compusieron todas las tierras 'de esta ciudad y su jurisdicción', 'como más latamente consta del testimonio signado dado, por Lucas Joseph de Galvez, escribano público que fue de esta ciudad de requerimiento del dicho Sargento Mayor don Juan Santos Marcos Martínez por comprenderse en dicho testimonio dos partidas de las composiciones de los actores de las tierras que posee, llamadas San Francisco del Surco y Sierra Picota que lindan por su frente con el ejido de esta ciudad que fueron, don Francisco Floriano y el Capitán Floriano su padre, y Domingo García'.

"En el mismo documento aparece el memorial del Alcalde Juan Santos Marcos Martínez al Juez de Tierras, hablando a nombre del Municipio de Mariquita y en su propio nombre el cuanto se refiere a las tierras que poseía el nombrado Alcalde, quien dice que ya en la época que era Juez subdelegado de Tierras don Joseph Correcha por los años de 1712, obtuvo un certificado en relación con la composición de tierras hecha en 1635, por hallarse en dicha lista las tierras 'que compusieron mis actores las tierras que poseo llamadas San Francisco del Surco y Sierra Picota que lindan por su frente con el ejido de esta ciudad que fueron de don Francisco Floriano y el Capitán Floriano su padre y de Domingo García siendo los primeros mis actores los Villanuevas pobladores de esta ciudad'.

"En una escritura otorgada en el año de 1763, en el sitio de 'La Picota', en jurisdicción de la ciudad de Mariquita, doña Francisca Teresa Fernández de Arroyabe viuda del doctor Ibáñez, declara que dicho señor su marido, compró las tierras que llaman 'La Picota' a don Lázaro Ruen de Carabes. (Véase el despacho número 868 en el cuaderno de pruebas).

"Por escritura otorgada el 16 de octubre de 1783 en Mariquita don Pedro Torrado, vende a Vicente Diago las tierras de 'La Picota', y dice el señor Torrado que las adquirió por compra a los herederos de doña Ignacia Ibáñez de Basco, su suegra, y por herencia de su mujer doña Josefa Basco. Posiblemente doña Ignacia Ibáñez era hija de doña Francisca Fernández de Arroyabe y del doctor Ibáñez, dueño que fue de 'La Picota' según puede leerse en la escritura anterior y en la escritura de 3 de noviembre de 1772, número 18 en el cuaderno principal.

"Ignacio Antonio Ortiz compró el 24 de marzo de 1792 a don Pedro Diago, heredero probablemente de don Vicente Diago, las tierras de 'La Picota' según lo dice en la escritura otorgada en Honda en 1793, en la cual reconoce un principal a favor de la Cofradía de Animas de Honda sobre las mismas tierras de 'La Picota'. (Véase el despacho número 868 en el cuaderno de pruebas).

"Don Ignacio Antonio Ortiz vendió el 18 de julio de 1800 a don Juan Blas de Aranzazu las tierras de 'La Picota', según aparece de la escritura otorgada en esta fecha en Mariquita ante el escribano público del Cabildo, que obra en copia en el cuaderno principal.

"Desde esta fecha de 1800 hasta hoy, hay una cadena ininterrumpida, que termina en el título de nuestra poderdante doña Carmen Varela de Tello y de sus hijos menores los Tellos Varelas.

"La relación que acaba de hacerse, demuestra la íntima conexión que existe entre todos los documentos que se presentaron con el aviso, adicionados con los que se aportaron en el término de prueba, y la concatenación que hay entre el título o títulos originarios enumerados atrás y los documentos posteriores que tienden a comprobar la determinación de la finca 'La Picota'."

II

De acuerdo con lo que se deja alegado, las tierras adquiridas por don Juan de Villanueva

colindaban "con los ejidos de Mariquita, por una parte, con el río Gualí por otra, y con la Cordillera, por la otra".

Se añade que esas tierras, adquiridas por mercedes, vinieron a formar el fundo de don Juan de Villanueva, cuya familia estaba en posesión de ellas desde el año de 1553, cuando el Capitán Francisco Núñez Pedroso le señaló sus ejidos a la ciudad de Mariquita, que acababa de fundar, y que en la diligencia de fijación de tales ejidos efectuada el 8 de enero de 1553, se hizo constar que colindaban con estancia de *Francisco* de Villanueva, de quien se dice que era posiblemente "padre" de don Juan de Villanueva. (Folio 19, cuaderno número 2).

III

Hasta aquí, en síntesis, lo que se desprende según la parte avisante, de los documentos antiguos de los cuales ella pretende derivar derecho de propiedad particular en las llamadas tierras de "La Picota"; mas por su importancia y por la relación e influencia que la parte avisante les atribuye en el presente juicio, considera la Corte que deben examinarse y mencionarse varias cuestiones, antes de llegar a la solución que haya de darse al actual negocio. Tales cuestiones son las siguientes, en síntesis:

a) En el presente juicio obran tres conceptos de la Procuraduría. En el primero de ellos, emitido el 16 de abril de 1940 durante la tramitación administrativa del aviso materia del actual juicio (folios 75 a 77, cuaderno número 1) refiriéndose a este aviso y a un juicio relativo a una finca denominada "Padilla" juicio en el cual se declaró fundadas por esta Sala de Negocios Generales de la Corte en sentencia de fecha 1º de diciembre de 1939, las pretensiones de la misma Compañía Shell para explorar y explotar petróleos de propiedad particular en la finca "Padilla", el señor Procurador se expresó así:

"Consideraciones de esta Procuraduría.

"Efectivamente, como lo afirma la Compañía, en la gestión de aviso adelantada por la misma en relación con la finca denominada 'Padilla', el título más antiguo que se adujo fue la escritura de 18 de junio de 1800, de la escribanía pública de San Sebastián de Mariquita, escritura que ahora también ha sido presentada para comprobar el derecho de dominio sobre el subsuelo de la finca 'La Picota'. En aquella aludida gestión sobre la finca 'Padilla', el Ministerio de la Economía, en acuerdo con el concepto de esta Procuraduría y de la Junta Asesora de Petróleos, declaró la insuficiencia de la mencionada escritura del año 1800, como consta en las respectivas Resoluciones del 28 de diciembre de 1938 y de enero de 1939. Con tal motivo pasó el asunto a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, quien por sentencia de primero de diciembre de 1939, declaró ser 'fundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, sociedad anónima con domicilio en esta ciudad y constituída por escritura pública número 2762, de 6 de noviembre de 1936, de la Notaría Cuarta de Bogotá, respecto de la finca denominada 'Padilla', ubicada en jurisdicción del Municipio de Honda, para adelantar exploraciones con perforación en busca de petróleo en el expresado terreno, el cual, según las pruebas acompañadas, es de propiedad particular, con títulos anteriores al 28 de octubre de 1873'.

"Es de mucha importancia para el presente caso tener en cuenta que en la referida escritura de 1800, analizada y calificada por la Sala de Negocios Generales, no se hace mención de la 'Padilla' sino de 'La Picota', y que en la presente gestión han sido aportadas otras dos escrituras, a saber:

"a) La de 1772, otorgada 'en la villa de San Bartolomé de Honda' ante 'el Escribano Público y de Cabildo' por 'Don Clemente Basco, doña María Ig. (roto) y doña Teresa (roto)', en que se habla de 'La Picota'... y se dice más adelante: 'Y para que lo dho. conste por instrumento público, otorgan por la presente escritura y en virtud de tenerlo pactado, y ofrecido a dho. Torrado, que se desiste, quitan y apartan del dro., acción y dominio, propiedad y señorío, que cada uno como herederos de Da. María Ibáñez tenían (roto) a las tierras de La Picota (roto) Boca de C (roto) nga. hasta (roto) Boca de (roto) ada de Padilla, hasta el serro del Chibato, y bajo los (roto) as linderos de que está instruído dho. D. Pedro Torrado (roto) por los ynstrumentos de propiedad, y lo seden, renuncian, transfieren y traspasan en el consavido D. Pedro Torrado (roto) a que con lo que tiene satisfecho los otorgantes (roto).....'

"b) La de 1783 (fojas 61-62) que aparece otorgada por 'Dn. Pedro Torrado' y en que se habla de 'pública subastación' y de venta de 'tierras de La Picota'.

"Es, pues, lo cierto que en el presente caso obran elementos más concretos y precisos —si así puede decirse— respecto del origen de la finca 'La Picota' que los examinados cuando se ventiló la titulación de la finca 'Padilla'.

"Parece que también es evidente la afirmación que hace el representante de la Compañía de que 'con anterioridad al año de 1864 los lotes de

terreno llamados 'La Picota' y 'Padilla' formaban un solo globo, conocido con dichos nombres y por consiguiente, del año mencionado hacia atrás se trata de la misma titulación, aumentada ahora con una escritura otorgada en 1772, y otra en 1783, referentes a la finca 'La Picota'.

"..... .....

en el caso concreto y especial que se estudia carecería de eficacia práctica negar en la gestión administrativa la suficiencia de la titulación presentada para acreditar la propiedad particular del petróleo que pueda encontrarse en el subsuelo de la finca 'La Picota'. Y que a esta conclusión tiene que llegar lógica y forzosamente esta Procuraduría por la sola consideración de que si la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia ha declarado suficientemente acreditada la propiedad particular del subsuelo de la finca 'Padilla', con mayor fundamento debe aceptarse esa suficiencia respecto de la finca 'La Picota', que como se ha dicho en el curso de este estudio, es la que aparece mencionada en los títulos más antiguos en que se apoya la decisión de la mencionada Sala de Negocios Generales; entidad ésta que en mi concepto —el que emito con todo respeto— ha incurrido en un error de apreciación en cuanto a la amplitud que crea tener para la calificación de los títulos presentados para acreditar propiedad privada sobre el petróleo. Porque aun admitiendo que aquella Sala tenga la soberana facultad de salirse del estatuto legal que regula especialmente la propiedad sobre el petróleo, para declarar que se acredita el dominio privado con títulos entre particulares anteriores al once de octubre de 1821; aun en ese supuesto grave y peligroso, es lo cierto que él incluye necesariamente la condición de que esos títulos entre particulares den clara fe de las tierras o fincas que son objeto de ellos. Una cosa es que se pueda considerar —o más propiamente, asimilar— a títulos *emanados del Estado* los otorgados entre particulares, y otra cosa muy distinta que en estos mismos títulos esté acreditada la propiedad del inmueble".

b) Al llegar el negocio ante esta Sala de la Corte, el señor Procurador Delegado en lo Civil, contra lo ya conceptuado por el señor Procurador General, en su ya citada vista ante el Ministerio del ramo, manifestó (cuaderno número 2, folios 3 y 30) que se opone en nombre del Estado a que se reconozca el derecho de propiedad particular alegado en "La Picota" por cuanto no obran en el proceso los elementos que la acrediten de conformidad con el estatuto legal sobre la materia, por lo que pide "que *se declaren infundadas* las pretensiones de la Compañía avisante".

c) Consta que esta Sala de Negocios Generales de la Corte profirió sentencia el 1º de diciembre de 1939 en el sentido de reconocer que la finca denominada "Padilla", materia del aviso respectivo en tal juicio, situada en jurisdicción de Honda, era de propiedad particular, y que por tanto, era fundada la petición de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia para efectuar en ella exploraciones y explotaciones de petróleo, por estar respaldada la propiedad particular en esta finca con títulos anteriores al 28 de octubre de 1873.

d) Muchos de los títulos examinados y calificados como idóneos por la Corte en ese juicio relativo a la finca "Padilla", se presentan ahora para apoyar el derecho de propiedad particular que también se alega tener en la finca denominada "La Picota".

e) Se agrega que esos títulos, ya estudiados y encontrados suficientes por la Corte, en la precitada sentencia del 1º de diciembre de 1939 respaldan también el derecho de propiedad alegado en el presente juicio con relación a la finca *La Picota,* porque este terreno y el denominado *Padilla,* antes del año de 1864, "formaban un solo globo, conocido con dichos nombres, y por consiguiente, del año mencionado hacia atrás se trata de la misma titulación, aumentada ahora con una escritura otorgada en 1772, y otra en 1783 referentes a la finca *La Picota*".

IV

¿Qué efectos jurídicos debe producir en el presente juicio la sentencia pronunciada por esta Sala con fecha primero de diciembre de 1939, en relación con la finca "Padilla"?

Conocidos los antecedentes del presente negocio por la relación que se deja hecha ya, la respuesta a la pregunta que antecede se impone como cuestión primordial, pues del modo como ella quede contestada, quedará también despejada la vía para abordar las demás que deben examinarse para decidir el presente juicio.

Con apoyo en su propio concepto y en el primero emitido por el señor Procurador General de la Nación en este negocio, la parte avisante considera que esa sentencia de fecha 1º de diciembre de 1939 es "suficiente por sí sola para que pueda prosperar el memorial de aviso en relación con la finca *La Picota*".

Se observa:

No se propone el personal que actualmente integra la Sala de Negocios Generales de la Corte,

hacer una revisión de la sentencia de que se trata, en lo referente a la finca *Padilla,* aunque las doctrinas que ella contiene en materia de enajenación de tierras, y, principalmente de la propiedad del subsuelo, han sido amplia y posteriormente dilucidadas y rectificadas en varias decisiones de esta índole que se han pronunciado del año de 1940 hasta hoy.

Se examinará sólo el aspecto o carácter vinculante que desde el punto de vista legal, deba tener en el presente juicio lo decidido por virtud de tal sentencia, con relación a la finca *La Picota,* que es el objeto del presente juicio.

Así puede y debe decirse, de una manera general, que la fuerza obligatoria que una decisión judicial tenga para inhibir el pronunciamiento de otra posterior que le sea contraria, esto es, para que opere el principio de que *res judicata pro veritate habetur,* no puede éste acogerse sino contemplando previamente si se hallan reunidos los elementos esenciales que configuran el fenómeno de *la cosa juzgada,* y que son los siguientes: identidad de causa, identidad jurídica de personas e identidad de objeto (artículos 473 y 474 del Código Judicial). Sin la concurrencia de estos elementos, la sentencia anterior carece de poder inhibitorio sobre el juicio.

Si el juicio es especial o, como el presente, de carácter sumario, la sentencia con que él termine, tiene dentro de él y tratándose de otro juicio de la misma clase, entre las mismas partes y sobre la misma cosa, el carácter de definitiva, aunque pueda ser revisada en juicio ordinario (artículo 7º, Ley 160 de 1936); pero esto no quiere decir que no deban concurrir en el primer juicio también las mismas circunstancias de identidad jurídica de las partes y del objeto, para que realice el mismo alcance inhibitorio sobre otra decisión posterior que le sea contraria en un nuevo juicio de la misma índole. Si así no sucediere, el Tribunal ante quien se lleve el nuevo juicio, dispone del mismo poder jurisdiccional y decisorio para calificar el mérito de las pruebas aducidas y la posición jurídica de las partes en este último, sin sujetarse, con carácter compulsorio, a lo que antes se hubiera calificado y decidido en el otro juicio anterior.

A la luz de estas ideas preliminares, procédese a examinar el caso de autos.

a) *¿Son las mismas las personas o partes entre quienes versa el presente juicio?*

De acuerdo con el respectivo memorial que obra a folio 1 del cuaderno número 1, reza así el correspondiente aviso:

"Señor Ministro de la Economía Nacional—E. S. D.

"Yo, Hendry Stuart Mackenzie Burns, mayor de edad, vecino de Bogotá, y con cédula de extranjería número 8789 R. E., en mi carácter de Gerente de la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, sociedad anónima con domicilio en esta ciudad y constituida por escritura pública número 2762, de 6 de noviembre de 1936, de la Notaría Cuarta de Bogotá, atentamente me permito avisar a Su Señoría que de acuerdo con las cláusulas tercera y cuarta del contrato celebrado entre la señora Carmen Varela v. de Tello, en su propio nombre y además como representante legal, en su condición de madre legítima, de sus menores hijos: Julián Eduardo, María del Carmen Celina y María Cecilia Tello Varela y la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, y que consta en la escritura pública número seiscientos once (611) de dos (2) de noviembre de mil novecientos treinta y siete (1937), de la Notaría de Honda, desea esta Compañía efectuar trabajos de exploración con taladro, en busca de petróleo de propiedad particular, en la finca denominada 'La Picota', ubicada en el Municipio de Mariquita, Departamento del Tolima.

"En atención a lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 160 de 1936, doy los siguientes datos:

"a) Las exploraciones con perforación van a hacerse por cuenta y para la Compañía de Petróleo Shell de Colombia;

"b) La finca 'La Picota' contratada es de propiedad de la señora Carmen Varela v. de Tello y de sus menores hijos Julián Eduardo, María del Carmen Celina y María Cecilia Tello Varela, y está ubicada en el Municipio de Mariquita, Departamento del Tolima, y tiene una extensión de quinientas ochenta y cinco (585 hs.) hectáreas; conforme al plano respectivo;

"c) La finca 'Picota' está alinderada así: 'Desde la boca de la quebrada de *Padilla* en el río Guali; esta quebrada aguas arriba hasta la boca de la quebrada de *Doña Isabel;* ésta arriba hasta tocar con el lindero del terreno llamado *El Palmar,* que fue de Miguel Paz, y hoy es de propiedad de Moisés Aguirre R., línea recta a la punta del cerro de *El Chivato;* de este punto o cima, línea recta al río Guali; éste aguas abajo, hasta la confluencia en él de la quebrada de *Padilla,* primer lindero'."

b) Dice la sentencia de 1º de diciembre de 1939 relativa a la finca denominada "Padilla", cuaderno número 3, folio 3:

"Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. (Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo).—Bogotá, diciembre primero de

mil novecientos treinta y nueve.—El señor Hendry Stuart Machenzie (sic) Burns, Gerente de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, sociedad anónima con domicilio en esta ciudad y constituída por escritura pública número 2762, de 6 de noviembre de 1936, de la Notaría Cuarta de Bogotá, avisó al Ministerio de la Economía Nacional el 29 de septiembre de 1938, que de acuerdo con la cláusula 4ª del contrato celebrado entre el señor Evarusto (sic) Hernández y su esposa Mercedes Hincapié y la Compañía Shell de Colombia que consta en las escrituras públicas números 497, de 6 de septiembre de 1937 y 1935 de 9 de marzo de 1938, de la Notaría de Honda, desea esa Compañía efectuar trabajos de exploración con taladro, en busca de petróleo de propiedad particular, en la finca denominada 'Padilla', alinderada así: ...'Desde la cabecera del charco de Los Coles, línea recta al barranco de la quebrada de Padilla, por la línea más recta que media entre el primer punto y dicho barranco; quebrada de Padilla arriba hasta tocar con el estribo del cerro denominado *Penagos,* que queda a la derecha de la quebrada, siguiendo su curso para arriba por toda la cuchilla o cima del cerro hasta dar con el lindero de La Ceiba, por donde una cerca de piedra divide este terreno del de Padilla; siguiendo por la cerca de piedra hacia el Sur, hasta donde el camino que va de Honda a Mariquita atraviesa la quebrada de Padilla; continuando en la misma dirección el lindero hacia el Sur, hasta dar con la cima del cerro del Caimital; por toda la cuchilla de dicho cerro, hasta el paso o boquerón del Caimital, y descendiendo a la zanja de Calunga; zanja abajo hasta el charco de Los Coles, y éste arriba hasta la cabecera del charco dicho primer lindero'."

Por lo que hace a las partes que actuaron en el primer juicio y a las que actúan en el presente, y descontando que el papel de la Compañía Shell de Colombia en el uno y en el otro es el de mera contratista que actúa a nombre de otros, tiénese que en ambos juicios figura, por una parte, la Nación, mas no son las mismas las personas que reclaman hoy ser propietarias de las tierras y del petróleo que en el subsuelo de "La Picota" se encuentre. En el juicio en que se profirió la sentencia de 1º de diciembre de 1939 se presentaron como propietarios de la finca "Padilla" el señor Evaristo Hernández y su esposa Mercedes Hincapié. En el actual, el alegado derecho de propiedad en "La Picota" se hace radicar en cabeza de la señora Carmen Varela v. de Tello en su propio nombre, y, además, como representante legal de sus menores hijos Julián Eduardo, María del Carmen, Celina y María Cecilia Tello Varela.

No se trata, pues, de las mismas partes que actuaron en el primer juicio, por cuanto ni son las mismas personas ni aparece que las actuales que alegan ser propietarias de "La Picota" sean sucesores a título universal ni legatarios, de quienes fueron partes en el primer juicio ni trátase en el actual de la finca "Padilla", que fue la cosa u objeto materia de aquel juicio, cuya sentencia pronunciada por la Corte, en su parte resolutiva, dice así:

"Es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, sociedad anónima con domicilio en esta ciudad y constituída por escritura pública número 2762, de 6 de noviembre de 1936 de la Notaría Cuarta de Bogotá, respecto de la finca denominada 'Padilla', ubicada en jurisdicción del Municipio de Honda, para adelantar exploraciones con perforación en busca de petróleo en el expresado terreno, el cual según las pruebas acompañadas, es de propiedad particular, con títulos anteriores al 28 de octubre de 1873."

En presencia de estos hechos debe, pues, examinarse si se ha determinado con la claridad y precisión que el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 requiere, cuál es la finca denominada "La Picota", ya que, según se alega, esta finca y la denominada "Padilla" formaban antes de 1864 "un solo globo conocido con dichos nombres, y por consiguiente del año mencionado hacia atrás se trata de la misma titulación, aumentada ahora —sigue diciendo la parte avisante— con una escritura otorgada en 1772 y otra en 1783, referentes a la finca 'La Picota'."

La división de dicho globo de tierra, según lo que se alega también, debió de efectuarse en el juicio de sucesión de Antonio María Monroy y Josefa Jiménez, juicio que fue protocolizado por medio de la escritura número 100, de 22 de junio de 1864 de la Notaría de Honda (véase folio 40, cuaderno número 1).

Sobre esta parte de la controversia, durante la tramitación administrativa del aviso, la Sección Técnica del Ministerio de la Economía, hizo las siguientes observaciones:

"Viene ahora la escritura número 100 del 22 de junio de 1864. En ésta figura la protocolización del expediente de mortuoria de los señores Antonio María Monroy y Josefa Jiménez, con la partición e hijuelas a cuatro herederos en lo referente a los terrenos de La Picota y Padilla.

"Allí se encuentra que para pagar a la señora Juana Manuela Monroy de Treffry, se destinan los siguientes bienes: 'Un mil cuatrocientos cuarenta pesos en la tercera parte del terreno de La Picota comprendida poco más o menos dentro

de los siguientes linderos: Desde la confluencia de Padilla con Gualí, Padilla arriba hasta tocar con el estribo del cerro denominado Penagos que queda a la izquierda de la quebrada siguiendo su curso; por todo el pie del cerro hasta tocar con el lindero de la Ceiba; de este punto siguiendo la línea deslindante hasta llegar al paso de Padilla que atraviesa el camino que conduce de esta ciudad a Mariquita, y continuando de allí por toda la línea deslindante de la Ceiba y Picota, hasta el pie del cerro del Caimital, serranía arriba en la línea recta hasta la cima, cuchilla del cerro abajo hasta el Boquerón del Caimital, y descendiendo a la zanja de Calunga, zanja abajo hasta la del charco de Los Coles; del borde de este charco línea recta a la margen derecha del río Gualí, éste arriba hasta la confluencia de Padilla, primer lindero'. Luégo se dice que para pagar a la señora Carmen Monroy se destinan 'un mil ciento cuarenta pesos, resto de la tercera parte del terreno de La Picota'; en seguida que para pagar al señor Germán Monroy se destinan 'un mil cuatrocientos cuarenta pesos en la tercera parte del terreno de La Picota libre de todo gravamen en la que queda el adjudicatario proindiviso con su hermana Carmen y Rufina Monroy'; y por último, que para pagar a la señorita Rufina Monroy se destinan 'trescientos pesos en el terreno de La Picota sin gravamen, (estos trescientos pesos con el resto de la tercera parte adjudicada a la señorita Carmen Monroy en mil ciento cuarenta pesos, completa la suma de mil cuatrocientos pesos valor de una tercera parte)'.

"Hago a las transcripciones y extracto que anteceden de la escritura de 1864 estas anotaciones: a) En primer lugar, no parece bien que se diga 'poco más o menos dentro de los siguientes linderos'. b) Al decir en la escritura que se destinan a la señora Juana Manuela Monroy $ 1.140, 'en la tercera parte del terreno de La Picota comprendida poco más o menos dentro de los siguientes linderos: Desde la confluencia.....' surge la duda de si los linderos que se indican a continuación son de la tercera parte de La Picota o del total de esa finca; según la redacción son del total, y entonces la tercera parte quedaría proindiviso en un terreno distinto del que se indica como de La Picota en el plano presentado; ayuda a interpretar así el hecho de que en las otras tres hijuelas no se indican linderos, como quien dice evitando el repetirlos; si esos linderos son, como parece, de la parte rayada con paralelas distanciadas en el dibujo en escala de 1:40.000 que figura en el plano, resulta que no corresponden a la tercera parte, según la hijuela, de lo que allí parece indicarse como total, sino aproximadamente a la mitad, y esto sólo tendría explicación en cuanto a precio por calidad de tierras; si los linderos son de la tercera parte correspondiente a la señora Juana Manuela Monroy, entonces las demás hijuelas también debieran tener linderos para saber a qué terreno se refieren, porque estoy seguro de que eso es necesario en toda adjudicación. c) Los linderos descritos indican que el predio a que se refieren limita con el río Gualí, y el predio que parece corresponderles en el plano, según ya anoté, no limita con ese río, lo que indica discrepancia entre la escritura y el plano. d) No se pueden relacionar los linderos transcritos con los de escrituras anteriores, como la de 1835, porque no hay datos suficientes de relación; como ya dije, o se dejó de incluir un terreno, o el de la escritura es distinto del que en el plano figura como de la hacienda de La Picota, con la circunstancia de que en la misma escritura se trataba de repartir los terrenos de La Picota y Padilla.

. "Paso ahora a la escritura número 52 del 18 de marzo de 1862. Según ésta la señora Carmen Monroy vendió al señor Henrique J. Treffry la tercera parte que le correspondía en el globo de tierras denominado La Picota, el que está demarcado allí por los siguientes linderos: 'Desde la confluencia de la quebrada de Padilla con el río Gualí, partiendo para el lado de Honda, por toda la orilla de la barranca que deslinda los terrenos de La Picota de la vega de Los Cacaos, propiedad hoy de los señores Proto Rubio y Victorino González, hasta llegar a la cima de la loma del Imperio; de ésta por toda la orilla de la barranca hasta tocar con la margen derecha del río Gualí; éste abajo, hasta la boca de la zanja de Calunga, zanja arriba hasta el paso antiguo del camino que conduce de Honda para Mariquita; desde este punto en dirección recta a una piedra negra grande que se ve sobre la cima del cerro de Caimital, siguiendo por toda la cuchilla de dicho cerro hasta pasar por elevación el boquerón de Caimital para seguir por todo el filo de la serranía, hasta tocar con el lindero de la hacienda de La Ceiba de la propiedad del señor Carlos H. Clemens; descendiendo en ese punto en línea vertical sigue por el llano la línea deslindante de La Ceiba y 'La Picota' hasta tocar con la quebrada de Padilla; ésta abajo hasta el punto en donde se practica el paso de la quebrada por el camino que conduce a Mariquita; de este punto siguiendo la línea deslindante de la hacienda de La Ceiba, hasta tocar con el estribo del cerro de Penagos; por todo el pie de este cerro hasta su término, y de allí línea recta a la quebrada de Padilla; ésta abajo hasta la boca de la quebrada de Rabo de Gallo; ésta arriba hasta la boca de la quebrada de Doña Isabel; ésta

arriba hasta tocar con el lindero del Palmar, propiedad del señor Julio Torres B.; de este punto por toda la línea deslindante del Palmar con La Picota, derecho a la punta del cerro del Chibato; de esta punta a la cima, línea recta al río Guali; éste abajo hasta la confluencia de la quebrada de Padilla, primer lindero'.

"Se indica a continuación en la misma escritura: 'de cuyo globo de tierra queda excluído la parte que vendió su hermana Juana Manuela Monroy al señor Benito Canizales, y que demarcó por los linderos siguientes: 'Desde la cabecera del charco de Los Coles, línea recta al barranco de la quebrada de Padilla por la línea más corta, que media entre el primer punto y dicho barranco; quebrada de Padilla arriba, hasta tocar con el estribo del cerro denominado Penagos, que queda a la derecha de la quebrada, siguiendo su curso para arriba; por todo el pie del cerro hasta tocar con el lindero de La Ceiba, en donde una cerca de piedra divide este terreno del de Padilla; siguiendo por la cerca de piedra hacia el Sur hasta donde el camino que va de esta ciudad para Mariquita atraviesa la quebrada de Padilla, continuando en la misma dirección el lindero, hacia el Sur, hasta dar con la cima del cerro de Caimital; por toda la cuchilla de dicho cerro hasta el Boquerón del Caimital, y descendiendo a la zanja de Calunga, zanja abajo hasta la del charco de Los Coles, y ésta arriba hasta la cabecera del charco dicho, primer lindero'.

"Hago a esta escritura y a los linderos en ella contenidos, estos comentarios: a) Comparados los linderos primeramente indicados en la escritura con los que figuran en la de 1864, no concuerdan; en cambio los segundos linderos, o sean los de la exclusión, sí concuerdan al menos aproximadamente, de donde se deduce que parece haberse corregido en esta nueva escritura un defecto de la de 1864, pero éste es un punto que lo dejo a la consideración de la Sección Jurídica. b) Si se comparan los mismos linderos primeros con los de la escritura de 1835, se encuentra una aproximada relación entre los dos, con mayores pormenores en la que ahora analizo. c) Al confrontar la misma con el plano presentado, teniendo en cuenta en éste tanto la parte pequeña en escala de 1:40.000, con muy pocos datos, y la parte en escala de 1:10.000, se ve en lo posible que concuerdan, menos en estos dos detalles: 1º, en la escritura el río Guali es limítrofe en un trayecto de la boca de la zanja de Calunga para arriba, y en el plano nó; 2º En la escritura se dice que de la cima del cerro de Chivato, línea recta al río Guali, pero sin indicar a qué punto preciso de este río, y en el plano sigue por una cordillera llamada de Chivato hasta el río, recorriendo una línea convexa.

"Sigue en el orden la escritura número 17, del 23 de enero de 1884, en la que la señora Rufina Monroy formalizó la venta de su derecho en el globo de tierra denominado La Picota al señor Henrique J. Treffry. Los linderos que en esta escritura figuran son iguales a los de la escritura de 1882 y les son aplicables los comentarios formulados a ésta.

"La escritura número 150, del 8 de junio de 1884 se refiere a la venta que hizo el señor Henrique J. Treffry de lo que había adquirido por las dos escrituras que anteceden a la señora Antonia Portela de Monroy. También son iguales los linderos que en esta escritura figuran a los de las de 1882 y pueden aplicársele los mismos comentarios.

"Viene a continuación la escritura número 274 del 13 de junio de 1903, según la cual la señora Eva Monroy P. de Cooke recibió por herencia el globo de tierras denominado La Picota, siguiendo estos linderos: 'De la boca de la quebrada de *Padilla* en el río *Guali;* dicha quebrada arriba hasta la boca de la quebrada de *Rabo de Gallo;* esta quebrada aguas arriba hasta la boca de la quebrada de *Doña Isabel;* ésta arriba hasta tocar con el lindero del terreno llamado *El Palmar,* que fue del señor Miguel Paz, y hoy pertenece al señor Eduardo Hernández, derecho a la punta del cerro del *Chivato;* de este punto o cima, línea recta al río Guali; éste abajo hasta la confluencia de la quebrada de *Padilla,* primer lindero'.

"Estos linderos han sido obtenidos de los que figuran en las escrituras anteriores desde la de 1882 después de suprimir el predio que allí se excluye, con esta modificación: en donde dice 'de este punto por toda la línea deslindante del Palmar con La Picota, derecho a la punta del cerro del Chivato', ha sido suprimida toda la primera parte hasta la coma. Como estaba antes daba la impresión de que se estaba siguiendo un lindero entre las dos fincas que no es en línea recta, y el plano presentado se veía de acuerdo en esa parte. Tal como quedó ahora la redacción, se ve la necesidad de indicar el punto en donde la quebrada de Doña Isabel toca con el lindero del terreno llamado El Palmar y de ahí a la cima del cerro del Chivato parece que sea una línea recta, que ya no está de acuerdo con el plano. Este detalle es bueno que se aclare en vista de los datos del terreno. Subsiste, además, en estos linderos la diferencia anotada con el plano entre la cima del cerro del Chivato y el río Guali.

"En la escritura que sigue la número 65 del 27 de abril de 1914, los linderos de La Picota

son los mismos de la escritura de 1903, y por consiguiente le son aplicables las mismas anotaciones.

"Las tres escrituras que siguen, la del 11 de junio de 1934, la del 18 de noviembre de 1936 y la del 2 de noviembre de 1937, referente esta última al arrendamiento de la misma finca de La Picota a la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, tienen anotados los linderos también como en la escritura de 1903, y lo mismo el memorial de esta Compañía, con la diferencia de que ya en dichas tres escrituras y en el memorial se dice claramente en vez de 'derecho a la punta del cerro del Chivato', 'la línea recta a la punta del cerro del Chivato'.

"B) Plano topográfico.

"Acompañó el memorialista un plano en escala de 1:10.000 de la hacienda de La Picota en el que figura uno más pequeño en el que se indica la situación del predio con respecto a Mariquita, esto con el ánimo de cumplir en lo pertinente el artículo 6º de la Ley 160 de 1936.

"A este plano pueden formulársele las siguientes observaciones: 1ª Convendría haber acompañado un informe técnico sobre el levantamiento hecho, entre otros fines para explicar en alguna forma por datos obtenidos sobre el terreno las discrepancias anotadas entre los linderos indicando en las escrituras y en el memorial, y los que figuran en el plano desde la quebrada de Doña Isabel hasta el río Gualí; 2ª Donde dice en las convenciones 'Escritura anterior a 1864' parece más indicado que se hubiera dicho escrituras anteriores a 1903 porque fue en las de este año que dejó de incluirse el predio distinto de aquel a que ahora se contrae el memorialista; 3ª Hubiera sido indicado acompañar otro plano en la misma escala, explicativo de los linderos de la finca total en 1864 y de las divisiones indicadas en los documentos pertinentes, hasta quedar el terreno de que ahora se trata.

"Confronté con planímetro el área del plano, y me resultó un dato cercano al que se indica en el mismo plano y en el memorial que es de 585 hectáreas."

* * *

La Corte encuentra ajustadas a lo que de los documentos precitados se desprende, las observaciones hechas por la Sección Técnica, por cuanto ni con posterioridad a ellas ante el Ministerio del ramo, ni durante la tramitación del negocio ante esta Sala, han sido ellas desvirtuadas por la parte avisante, como era su deber hacerlo, aportando las pruebas correspondientes, pues subsistiendo, como aún subsisten, las bases de tales observaciones, se carece de fundamento actualmente para resolver con seguridad que la denominada finca "La Picota", se ha determinado con la precisión que la ley exige y para concluir, en consecuencia, que esa finca constituye en realidad una parte o porción del globo general denominado Padilla y La Picota, y que "Padilla" y "La Picota" son lo mismo que "Padilla", sobre la cual recayó la sentencia de 1º de diciembre de 1939, o sea que, por tratarse de la misma cosa u objeto, la sentencia de la Corte de 1º de diciembre de 1939 referente a la finca *Padilla,* la inhibe hoy para resolver que no se ha demostrado claramente en el presente juicio la identidad de esa cosa u objeto que, como viene dicho, es otro de los elementos indispensables para que tal efecto inhibitorio se produzca o realice hoy según los artículos 473 y 474 del Código de Procedimiento Civil.

En su alegato presentado ante esta Sala (folio 22, cuaderno número 2) los apoderados de los avisantes sostienen "que los dos pedazos de arcabuco por los cuales litigaban la Pedroso y Villanueva, se hallaban precisamente situados en la parte que hoy forma La Picota", y fundan tal afirmación en que así debe deducirse de un pleito de límites que Isabel de Villanueva ("o de Montalvo"), esposa de Francisco de Frías e hija de don Juan de Villanueva, sostuvo en el año de 1616 con Beatriz Pedroso, y de las declaraciones que en dicho pleito rindieron los testigos Miguel de Zamora, Francisco García de Mora y Adrián de Rivera; pero la Corte encuentra que ni de tales declaraciones, ni de la merced hecha a Juan de Villanueva por el Cabildo de Mariquita el 9 de septiembre de 1589 de una estancia de pan sembrar y de unos pedazos de monte de poco provecho, puede establecerse que lo que hoy se denomina finca *La Picota,* corresponda a esos dos pedazos de arcabuco o pedazos de monte de poco provecho de que se trata en la merced, o que estuviera situada en el lado Este de las tierras del *Pedregal,* "o sea, en el punto medio entre las dos propiedades", la de Juan de Villanueva y la de Beatriz Pedroso.

En el texto de tal merced se lee apenas lo siguiente:

"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 teníades necesidad de una estancia de pan sembrar conforme a las demás que por este Cabildo se acostumbran dar, conforme a las demás que por e vecinos de esta ciudad, y que un pedazo de tierra está vaca y des-

poblada, camino de los indios de el Capitán Diego de León Garavito, y lindero de estancias suyas, a la mano derecha hacia el río de Guali, y se os hiciese merced de ella para hacer comidas para la labor de las minas de plata que tenéis en términos de esta dicha ciudad, y asimismo nos pedisteis se os hiciese merced de unos pedazos de monte de poco provecho, que caen en la estancia de ganado mayor que vos tenéis junto a los ejidos de esta ciudad; porque alguno no los pidiese, y en ellos se os hiciese daño a vuestra estancia y ganados, de más que son de poco provecho, y todo poco, atento al mucho tiempo que he servido a Su Majestad en estas partes, y lo pidieseis por testimonio, lo cual todo visto y platicado en el dicho nuestro Cabildo, fue acordado; que os debíamos proveer y conceder la dicha estancia de pan sembrar, según y como la pedís, y en la parte y lugar arriba declarado, y asimismo con los dichos pedazos de monte, que asimismo pedís por vuestra petición, y en la dicha parte y lugar, todo lo cual se provee sin perjuicio de preeminencia real y de otro tercera, y sin perjuicio de los dichos indios y de sus tierras, labranzas y crianzas, con cargo de dos pesos por cada estancia, por una sola vez, y desde luégo con las dichas declaraciones y cargos arriba declarados, vos damos y proveemos la dicha estancia y pedazos de monte, según arriba va declarado....."

Como se ve, con tan vagas referencias, no se puede saber, porque no se ha efectuado la correspondiente localización en el terreno, que la finca hoy denominada La Picota corresponda ni a la estancia de pan sembrar, ni al pedazo de tierra vaca y despoblada, camino de los indios del Capitán Diego de León Garavito y lindero de estancias suyas a la mano derecha hacia el río de Guali ni a los pedazos de monte de poco provecho que *caían* en la estancia (o "caballería") de ganado mayor que a Villanueva se le había confirmado el 14 de agosto de 1581 por el licenciado Pedro de Zorrilla (sin determinación de linderos y cuya adjudicación no ha sido hallada) ni que la porción de terreno que hoy corresponde a *La Picota* esté ubicada hacia el Este, entre las propiedades de Juan de Villanueva y la del *Pedregal*, de Beatriz de Pedroso.

Las declaraciones de los testigos presentados en el pleito con la señora Pedroso no son menos deficientes para aclarar en la actualidad la ubicación real y completa de los dos pedazos de arcabuco que se dicen constituír hoy la finca La Picota.

En efecto, Francisco de Frías preguntó a los testigos en la siguiente forma:

"2. Y si es verdad, que há más de cuarenta y cinco años, que el dicho Capitán *Juan de Villanueva* (subraya la Corte), ha tenido y poseído la estancia de ganado mayor, camino de Honda, donde siempre ha tenido casas y corrales, con cantidad de ganados vacunos y caballar. 3. Item, si es verdad que durante el dicho tiempo, no ha habido persona alguna que haya inquietado al dicho Capitán de Villanueva su quieta y pacífica posesión, en que ha estado de la dicha estancia así en vida del Capitán Díaz Sánchez de Quesada, como después de muerto; hasta agora que Beatriz Pedroso se le ha entrado en ella, contra su voluntad, y en su ausencia que hizo a Timaná.... 6. Digan si es verdad que los dos pedazos de arcabuco que están y caen en la dicha estancia, los ha poseído y tenido por suyos el dicho Capitán *Juan de Villanueva* (subraya la Corte) y junto de ellos tuvo unos ranchos y corrales para ganado y potros, y que el susodicho no ha dejado ni consentido a nadie que los roce, ni cultive, ni nadie le ha inquietado en ellos, ni su posesión. 7. Digan cómo es verdad que el Capitán Díaz Sánchez de Quesada, a quien se le dio la estancia que sus herederos vendieron a la dicha Beatriz Pedroso, no la tuvo poblada, como se le mandó, y si la tuvo poblada, fue en otro sitio apartado, desde donde lo está la susodicha muy pocos días, y no hubo más que un indio bocaduce, y esto fue donde reza su título; a mano derecha, camino de Victoria, muy distinto y apartado del camino de Honda, donde es la estancia del dicho Capitán Villanueva.... 9. Item, digan cómo es verdad, que estando en esta ciudad Su Señoría del señor Presidente, y antes que la dicha Pedroso hubiese de los herederos del dicho Capitán Díaz Sánchez de Quesada, la estancia y título que ha presentado la susodicha; le pidió por vacos a Su Señoría los dos pedazos de arcabuco, que caen y están inclusos en la estancia de ganado mayor del dicho Capitán Juan de Villanueva, para sustento de ella, y remedio de unas hijas suyas, doncellas. 10. Y si es verdad, que yendo Matías de Guevara, Regidor de esta ciudad, a hacer las diligencias que mandó Su Señoría, le contradijo lo susodicho el dicho Capitán Villanueva, y presentó el título que tiene de los dichos dos arcabucos, lo cual es notorio y público. 11. Digan: cómo yendo Marcos Ramos, hijo de la dicha Pedroso, ante Su Señoría, a querellarse de Francisco de Frías, yerno del dicho Capitán Juan de Villanueva, por haberle derribado una ramadilla que había fecho en tierras del susodicho, después de haber cada uno dicho de su justicia y derecho; dijo Su Señoría, que lo mismo que el dicho Frías, hizo y hiciera, vista la razón y causa que para ello tuvo, y que lo había fecho antes de comprar el título, por don-

de pretende derecho la dicha Pedroso; digan lo que saben, etc.—Digan de público y notorio, pública voz y fama.—*Francisco de Frías.*—Presentado por Francisco de Frías, en nombre de su parte, ante el Capitán Martín de Ocampo, Corregidor y justicia mayor de esta ciudad de Mariquita, en ella, a quince dias del mes de diciembre, año de mil y seiscientos y diez y seis.—*Juan Ortiz*, Escribano....."

El testigo Miguel de Zamora declaró:

"A la segunda pregunta dijo: que há tiempo de treinta y cuatro años, poco más o menos, que vino este testigo de los Reinos de España a esta ciudad, donde ha asistido de ordinario todo el dicho tiempo, y desde entonces acá ha visto que el Capitán Juan de Villanueva. ha tenido y poseído, como cosa suya, la estancia de ganado mayor que la pregunta refiere, en el camino de Honda; y ha visto en todo el dicho tiempo, que el susodicho la ha tenido poblada con casas y corrales y cantidad de ganado vacuno, yeguas y caballos, sin que haya visto, sabido, oído ni entendido cosa en contrario, y esto responde. A la tercera pregunta dijo: que de el dicho tiempo que tiene dicho, en la pregunta antes de ésta. a esta parte, no ha sabido este testigo, oído ni entendido, que persona alguna de ninguna calidad haya inquietado en ninguna manera al dicho Capitán Juan de Villanueva en la posesión de la dicha estancia, ni que en la dicha razón le hayan pedido cosa alguna, hasta ahora que Beatriz Pedroso ha tratado de esta causa, la cual sabe y vido, que se pobló y entró en la parte y lugar donde agora está, estando ausente de esta ciudad el dicho Capitán Juan de Villanueva, que era ido a la Villa de Timaná; porque este testigo vido, que la susodicha estaba poblada, antes que allí entrara, en la punta de Lumbí, de donde se pasó al dicho sitio, estando ausente el dicho Capitán Villanueva, como tiene dicho, y esto responde. A la sexta pregunta, dijo: que ha visto los dos pedazos de arcabucos contenidos en la pregunta, en los cuales vido rozar a *Francisco de Villanueva* (subraya la Corte), hijo del dicho Capitán Juan de Villanueva, mas há de veinte años, y vido asimismo que el dicho Francisco de Villanueva tenía potrero de caballos y potros allí junto, y que usaba de aquello y del dicho sitio sirviéndose del dicho potrero y de los dichos arcabucos, lo cual sabe este testigo, porque tuvo caballos suyos en aquel mismo potrero, y que no ha visto, sabido, oído ni entendido que otra persona haya rozado allí, mas del dicho *Francisco* (se subraya) de Villanueva, hasta ahora que entró a rozar en los dichos arcabucos la dicha Beatriz Pedroso, y esto responde. 7. A la séptima pregunta dijo: que no la sabe.... 9. A la novena pregunta, dijo: que se remite a los pedimentos y recaudos que hubiere en razón de lo contenido en la pregunta, y esto responde. 10. A la décima pregunta, dijo: que lo contenido en ella, lo ha oído decir este testigo en esta ciudad, no se acuerda a qué personas, y se remite al título que la pregunta refiere, y esto responde a ella. 11. A la once pregunta, dijo: que no la sabe."

El testigo Francisco García de Mora comienza por manifestar que no le tocan las generales de la ley "mas de que el dicho Capitán Juan de Villanueva estuvo casado con su madre de este testigo, y contesta así al interrogatorio presentado:

"A la segunda pregunta, dijo: que puede haber tiempo de treinta y siete años, poco más o menos, que conoce este testigo poblado al dicho Capitán Juan de Villanueva en la estancia que tienen en el camino de Honda, y cuando este testigo empezó a conocer poblado en el dicho sitio al dicho Capitán Juan de Villanueva, según de las caserías y bohíos viejos que allí tenía, le pareció que había muchos años antes que estaba poblado allí, y del tiempo que tiene dicho a esta parte, siempre el dicho Juan de Villanueva ha tenido poblada la dicha estancia, con bohíos, corrales y gente, y ganados vacunos y caballar, unas veces más y otras menos, y esto responde. 3. A la tercera pregunta dijo: que durante el tiempo que tiene dicho, que há que conoce al dicho Capitán Juan de Villanueva poblado en aquel sitio, siempre le ha visto que lo ha poseído quieta y pacíficamente, sin contradicción de persona alguna, poseyendo aquellas tierras por suyas y como cosa suya, desde el un cerro al otro, sin que nadie le haya inquietado en la posesión de la dicha estancia, hasta agora que se le ha movido este pleito, y si otra cosa hubiera, este testigo lo supiera y no pudiera ser menos, por ser como es, y ha sido vecino de esta ciudad; y estar en ella de ordinario, y esto responde. 6. A la sexta pregunta, dijo: que de los treinta y siete años, que há que conoce este testigo al dicho Capitán Juan de Villanueva, poseyendo la dicha estancia, a esta parte, ha visto que ha tenido y poseído por suyos los arcabucos y demás tierras contenido en la pregunta, sin que persona alguna le haya inquietado en la dicha posesión, hasta que agora se metió en ellas la dicha Beatriz Pedroso, y esto responde a la pregunta. 7. A la séptima pregunta, dijo: que este testigo conoció poblado al dicho Capitán Díaz Sánchez de Quesada, como vamos de esta ciudad a la de Victoria, la vieja; por el camino real a mano derecha, en una arboleda primero, antes de llegar a un cerro que está entre el sitio donde está poblada la dicha Beatriz Pedroso, que allí, sabe este testigo, que es la estancia que se pro-

veyó al dicho Díaz Sánchez de Quesada, corriendo desde la dicha arboleda hacia el río de Gualí, parte muy distinta y apartada de la estancia del dicho Capitán Juan de Villanueva, y allí en aquel sitio de la arboleda, conoció este testigo poblado al dicho Díaz Sánchez de Quesada, sin que en ninguna manera trata de inquietar al dicho Capitán Villanueva, ni el susodicho al dicho Díaz Sánchez de Quesada, por ser como dicho tiene, los sitios muy distintos, el uno del otro, porque la estancia de ganado mayor del dicho Capitán Villanueva, es en el camino de Honda, entre los dos cerros; y la del dicho Díaz Sánchez de Quesada, es corriendo, desde el sitio de la dicha arboleda, donde estuvo poblado hacia el río de Gualí, linde de estancia de Francisco de Esquivel, que es ahora de doña Polonia de Mora, hermana de este testigo; y se remite al título del dicho Díaz Sánchez de Quesada, y esto responde. 9. A la novena pregunta, dijo: que lo contenido en ella, lo ha oído decir, este testigo, públicamente en esta ciudad, y esto responde. 10. A la décima pregunta, dijo: que ha oído decir, asímismo, públicamente, en esta ciudad, que yendo Matía de Guevara Regidor de ella, a hacer las diligencias, por mandado de Su Señoría, en razón del pedimento que la dicha Beatriz Pedroso había hecho a Su Señoría, de los dos pedazos de arcabuco contenidos en la dicha pregunta, lo contradijo el dicho Capitán Villanueva, y presentó el título que la pregunta refiere, a que se remite, y esto responde. 11. A la oncena pregunta, dijo: que lo contenido en ella lo ha oído decir, este testigo, a personas que se hallaron presentes al tiempo y cuando pasó lo contenido en la pregunta, y esto responde...."

El testigo Salvador de Medina (folio 24), contestó a las preguntas precitadas lo siguiente:

"2ª A la segunda pregunta, dijo: que este testigo há que asiste en esta ciudad há tiempo de treinta años, poco más o menos, y antes que viniese a ella, estuvo en la de Tocaima, otros dos o tres años, poco más o menos, y de ella vino en el dicho tiempo muchas veces a esta ciudad y puerto de Honda, a negocios que le convenían y desde el dicho tiempo a esta parte, ha visto que el Capitán Juan de Villanueva ha tenido y poseído la estancia de ganado mayor contenida en el pedimento y pregunta; teniéndola poblada con casas, corrales y ganados, que en ella ha tenido de ordinario, sin que haya visto, sabido ni entendido cosa en contrario, y esto responde. 3ª A la tercera pregunta, dijo: que desde que este testigo ha conocido poblado en la dicha estancia al dicho Capitán Juan de Villenueva, no ha sabido, oído ni entendido que persona de ninguna calidad le haya inquietado en manera alguna, ni que se le haya pedido cosa alguna en la dicha razón, mas antes, le ha visto vivir quieto y pacífico, usando de su posesión, y si otra cosa hubiera, este testigo lo supiera, y no pudiera ser menos, porque como dicho tiene, ha vivido en esta ciudad los treinta años, que tiene declarados en la pregunta antes de ésta, y esto responde. 6. A la sexta pregunta, dijo: que no la sabe, y esto responde. 7. A la séptima pregunta, dijo: que no la sabe. 9. A la novena pregunta, dijo: que no la sabe. 10. A la décima pregunta, dijo: que se remite al título y contradicción que la pregunta refiere, y esto responde. 11. A la oncena pregunta, dijo: que no la sabe, y esto responde."

El testigo Adrián de Rivera contestó así:

"A la segunda pregunta, dijo: que lo que de ella sabe, es que habrá tiempo de treinta y tres años, poco más o menos, que este testigo está y asiste en esta tierra, y cuando vino a ella, pasó para venir a esta ciudad, por el hato que ahora tiene y posee el Capitán Juan de Villanueva, donde le vido casas y corrales, y según le pareció, había mucho tiempo antes que estaba allí poblado, porque había muchas arboledas de naranjos, guayabos y otros frutales, y vido que tenía en el dicho hato, ganado vacuno y caballar, y desde el dicho tiempo a esta parte, ha visto, este testigo, que de ordinario ha tenido poblado el dicho hato con gente y ganado; y esto responde. 3. A la tercera pregunta, dijo: que siempre, desde dicho tiempo a esta parte, ha visto que el dicho Juan de Villanueva ha poseído el dicho hato y estancia, quieta y pacíficamente, excepto, que podrá hacer más de veinte años, que estando este testigo en el dicho hato, vido que el dicho Juan de Villanueva y el Capitán Losada y los frailes de Santo Domingo tuvieron cierta reyerta y diferencia sobre aquel sitio del hato, y que luégo se conformaron; y se remite a los autos que sobre ello hubiere, y después acá, ha visto que el dicho Villanueva ha poseído la dicha estancia por suya y como cosa suya, como antes la tenía y poseía, sin que otra persona le haya inquietado en todo el dicho tiempo, hasta agora que ha intentado este pleito la dicha Beatriz Pedroso, y esto responde. 6. A la sexta pregunta, dijo: que lo que de ella sabe, es que en las chapas de estos arcabucos, que refiere la pregunta, vido este testigo, que tenía un potrero *Francisco* (subraya la Corte) de Villanueva, *hijo* (subraya la Corte) del dicho Capitán de Villanueva, donde encerraba caballos, según oyó decir este testigo, y esto responde. 7. A la séptima pregunta, dijo: que vido poblado un ranchillo muy pequeño, junto a una quebrada que sale de los ejidos de esta ciudad hacia el río de Gualí, y va a entrar en la estancia que al presente posee este testigo; y decían que el dicho

bohío era de Díaz Sánchez de Quesada, de una estancia que allí le había proveído el Cabildo de esta ciudad, cuyo título ha visto este testigo, y según de él suena, es muy distante y apartado de la estancia del dicho Juan de Villanueva, porque el título del dicho Díaz Sánchez, reza en el camino viejo de Victoria, que como persona que lo anduvo muchos tiempos y hoy es (ilegible) sabe que es pasada la puente del Gualí, que en un tiempo era de palos, y pasaban por ella las bestias, y el dicho camino iba arrimado al mismo río de Gualí, hasta pasar la quebrada Sucia y la de Medina, y salía a lo alto de aquellas sabanas de Guarinó, y la estancia del dicho Villanueva es en el camino de Honda, muy apartado lo uno de lo otro, y se remite a los títulos de ambas estancias, y esto responde. 9. A la novena pregunta, dijo: que se remite al pedimento que la dicha Beatriz Pedroso hizo de la dicha estancia y arcabucos, y esto responde. 10. A la décima pregunta, dijo: que se remite a la contradicción y título que la pregunta refiere, y esto responde. 11. A la oncena pregunta, dijo: que lo contenido en ella lo ha oído decir públicamente en esta ciudad, y esto responde."

* * *

Nada distinto, para los fines de la determinación que se busca, aparece, como se ve, de tales declaraciones, fuera de que el Capitán Juan de Villanueva tenía y poseía una "estancia de ganado mayor *camino de Honda*", y que en los dos pedazos de arcabuco que *caen* en dicha estancia (según dice la merced de 9 de septiembre de 1589) se vio rozar "a *Francisco* de Villanueva, *hijo* del dicho Capitán Juan de Villanueva", quien allí junto tenía potreros de caballos y potros hasta cuando entró a rozar esos arcabucos "la dicha Beatriz Pedroso".

Tampoco es fácil deducir nada claro sobre este particular, de la merced de la caballería de ganado mayor, confirmada a Juan de Villanueva por don Pedro de Zorrilla en 14 de agosto de 1581, confirmación en la que sólo se dice que "confirmo, doy y hago merced a vos el dicho Capitán Juan de Villanueva, la dicha estancias y tierras que de suso se hace mención, que sea la propia, contenida en la dicha nuestra relación y en el título que de ella tenéis u os hubiere dado el dicho Cabildo y regimiento de la dicha ciudad de Mariquita", pues no se dice en ese documento cuál era *la relación* que de tal estancia hacía Juan de Villanueva, fuera de que estaba en el camino de Honda "y que linda con los ejidos de la dicha ciudad", ni cuál la relación que de esa estancia hacía *el título* que de ella tenía dicho señor o que le había otorgado el Cabildo de Mariquita, para de ese modo conocer hoy con los demás documentos complementarios subsiguientes y el reconocimiento ocular que correspondiera, su verdadera ubicación y tener ahora dichos títulos, como se tendrían, si así fuera, como títulos emanados del Estado, o sea de la Corona de España en el período colonial.

Con el caso de la hacienda *Hamburgo*, a que alude en su alegato ante esta Sala el señor Procurador Delegado en lo Civil (*Gaceta Judicial* número 1889, página 293), no hay paridad. En él, además de la merced concedida a Juan de Villanueva el 1º de octubre de 1586, debidamente confirmada el 12 de febrero de 1587, se tuvieron como bien determinadas las tierras, fuera de otros documentos, posteriores complementarios, porque en tal merced aparecía que dichas tierras estaban situadas en un llano o meseta en el camino de Victoria a Mariquita, entre los ríos Gualí y Guarinó y los farallones con las vertientes hasta el río Gualí.

La misma vaguedad cabe decir que existe en la merced hecha a Juan de Villanueva de la estancia de pan sembrar y de los pedazos de monte de poco provecho *(arcabucos)* otorgada el nueve de septiembre de 1589 por don Juan de Borja. La indeterminación es casi absoluta de la merced de que se trata en el documento que, con el de la anterior de 14 de agosto de 1581, correspondiente a la "caballería de ganado mayor", fueron presentados en el término probatorio del presente juicio, pero que no fueron presentados ni calificados (o, al menos, no consta aquí que lo fueran) en el juicio relativo a la finca *Padilla*, la cual fue *el objeto* del juicio que la Corte decidió por medio de su sentencia del 1º de diciembre de 1939 y sobre la cual finca versa la parte resolutiva de dicha sentencia, únicamente.

V

Con lo expuesto hasta aquí y con lo que expuso la Sección Técnica del Ministerio del ramo, sin ser desvirtuado por la contraparte, en lo relativo a la titulación de *La Picota* a partir del año de 1864 hasta el arrendamiento de dicha finca a la Compañía de Petróleo Shell de Colombia, sería suficiente para que la Sala concluyera expresando que el presente aviso no puede prosperar, mas para mayor abundamiento, se referirá ella a los demás documentos que ha presentado la parte avisante.

Alégase por ella, como ya se vio en lo transcrito de su alegato, que el 8 de enero *de 1553*, o sea antes de las mercedes relativas a Juan de Villanueva en 1581 y 1589, al fijarse los ejidos de Mariquita por su fundador el Capitán Fran-

ciso Núñez Pedroso, se hizo constar en la respectiva diligencia de ese documento "que colindaban con estancia de *Francisco* de Villanueva".

Se dice (folio 19 vuelto, cuaderno número 2) que a la muerte de Juan de Villanueva, las tierras de éste pasaron a su hija Isabel *de Montalvo* (folio 26, cuaderno número 4) casada con Francisco de Frías, y que esta señora las vendió *en 1632*, así: parte, a Francisco Floriano y parte, a Domingo García "que fue lo que se llamó La Picota o Sierra Picota", y que aunque estas ventas no se han podido (sic), la existencia de ellas está probada en un documento que está en el expediente. Alúdese, probablemente, al documento que, en desarrollo de la composición de tierras decretada para las de la jurisdicción de Mariquita, se hizo en *17 de marzo de 1637* (cuaderno número 1, folio 71) para el avalúo, pago de derechos de composiciones y lista de propietarios; pero en tal documento sólo se expresa lo siguiente con relación a Domingo García y a las tierras de *La Picota:* "Domingo García debe pagar siete pesos y medio por cincuenta en que se le avaluó su estancia de Sierra Picota" (folio 71 vuelto, cuaderno número 1). No hay allí otro dato sobre determinación de tal finca.

En el año de *1703* alégase también, el Sargento Mayor Juan Santos Marcos Martínez, era dueño tanto de la parte de tierras que Isabel de Montalvo (o de Villanueva) de Frías había vendido como heredera de su padre Juan de Villanueva al capitán *Francisco Floriano*, como de la otra parte que de esas tierras había vendido la misma señora a *Domingo García*, "o sea, que para esa fecha y en el citado Sargento se volvieron a unir las dos porciones de la gran finca que perteneció a don *Juan* de Villanueva" y que se denominaba *"Sierra Picota"*.

Se cita sobre el particular la diligencia *de vista de ojos y reconocimiento* de los límites o linderos de las tierras llamadas "El Surco", que fueron de doña Isabel de Montalvo, que hoy posee el Sargento Mayor don Juan Santos Marcos Martínez, como marido y conjunta persona de doña Isabel Fernández, Gaitán Garavito..." (folio 34, cuaderno número 4) y los "del pedazo de tierra, llamada Sierra Picota", vendido por la misma señora a Domingo García.

La parte conducente de este documento se omite ahora en su totalidad, por haber quedado ya transcrita en la cita que se dejó hecha al principio del presente fallo, de lo pertinente del alegato presentado por los apoderados de los avisantes (folio 20, cuaderno número 2).

Como se recordará, se dice en este documento que al llegar el Alcalde de Mariquita al sitio donde se aparta el camino "que va de dicha ciudad al puerto de Honda para la Sierra Picota", hizo leer allí la venta que hizo Isabel de Montalvo a Domingo García en 1632 "del pedazo de dicha tierra, que en dicha escritura se expresa y se halló y reconoció que las señas que da de la quebrada (?) pegada al farallón y cerrito (?) en la forma que en 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".

El límite entre *la estancia* de Juan de Villanueva con el ejido y pasto común que fijó Francisco Núñez Pedroso a la ciudad de Mariquita y a dicha estancia era un farallón, que no se sabe, dada la confusa redacción de la diligencia, si tenía otro nombre o era el "morrito llano de sabana, que está en la estancia que fue de doña Beatriz Pedroso, el cual suelen llamar el cerro de Gonzalo de Rivera", pues la diligencia sigue diciendo que "en el intermedio de este dicho farallón a dicho morrito, hace una ceja de monte una quebrada, que llaman La Toma".

Tampoco suministran datos claros para la actual determinación y localización de la finca *La Picota* los documentos que a continuación se mencionan y parte de los cuales fueron presentados cuando se decidió el juicio relativo a la finca *Padilla*:

a) El de 26 de enero de 1772 relacionado con el repartimiento de las tierras de la jurisdicción de Mariquita ordenado por el Juez de Tierras y por el Alcalde, Juan Santos Martínez, pues en dicho documento sólo se alude a la composición de 1635 de que dio testimonio el Escribano Lucas Joseph de Galvez a virtud de requerimiento "del dicho Sargento Mayor don Juan Santos Marcos Martínez por comprenderse en dicho testimonio dos partidas de las composiciones de los actores que posee, llamadas San Francisco del Surco y Sierra Picota *que lindan por su frente con el ejido de esta ciudad (Mariquita) que fueron, don Francisco Floriano y el Capitán Floriano, su padre, y Domingo García*" (folio 67 vuelto, cuaderno número 1); ni tampoco suministra esos datos el memorial que el mismo Juan Santos Marcos Martínez, como Alcalde y en su propio nombre, presentó al Juez de Tierras, en que manifiesta que ya en 1712 obtuvo un certificado del Juez Subdelegado de Tierras, don Joseph Correcha, sobre la composición de 1635, por hallarse en la respectiva lista de tierras que "compusieron mis actores las tierras que poseo, llama-

das San Francisco del Surco y Sierra Picota, que lindan por su frente con el ejido de esta ciudad que fueron de don Francisco Floriano y el Capitán Floriano, su padre, y de Domingo García siendo los primeros mis actores los Villanuevas pobladores de esta ciudad". En el folio 71 (cuaderno número 1), donde se halla este documento, sólo se lee lo siguiente: "....Domingo García debe pagar siete pesos y medio por cincuenta en que se le avaluó su estancia de Sierra Picota".

Las referencias al simple nombre de la estancia, a su colindancia con los ejidos de Mariquita, a las ventas hechas a los Floriano y a Domingo García, y a la propiedad de la familia Villanueva, no bastan, por sí solas, para conocer hoy la real ubicación de la finca La Picota, y su salida del patrimonio del Estado, pues ya se mencionó la vaguedad que en cuanto a alinderación de esa finca tienen los documentos relativos a esas mercedes, composiciones y ventas.

Igual cosa hay que decir de la declaración notarial hecha en 1763 en el sitio de La Picota por Francisca Teresa Fernández de Arroyabe acerca de que su marido, doctor Ibáñez, compró las tierras "que llaman de La Picota" a Lázaro Ruen de Carabes (cuaderno número 4, folio 14 vuelto). En tal escritura no se pueden leer los linderos de La Picota. Lo mismo pasa con la sentencia de la Corte del 7 de mayo de 1859, aunque se hace mención en ella de la venta que de las tierras La Picota y Padilla hizo en junio de 1835 Julián Tribilcock a Francisco E. Lucena; y a la mortuoria de Tribilcock, en que se menciona la hacienda La Picota, pero sin expresar linderos (folios 43 y 50, cuaderno número 1) y a la venta de ellos hecha a Antonio María Monroy (folio 46 ibídem) por Florencia González de las tierras "denominadas La Picota y *Padilla*". Esta venta tiene también los linderos de la de Tribilcock a Francisco E. Lucena de 13 de junio de 1835, de que se hablará adelante.

b) *La escritura de 3 de noviembre de 1772 de Honda.* Por medio de ella Clemente Basco y otros venden a Pedro Torrado las tierras de La Picota, y en cuanto a linderos de tales tierras se encuentra lo siguiente: ".....las tierras de La Picota (roto) Boca de C (roto) nga hasta (roto) el passo RL de Padilla, y por la (roto) de adentro (roto) Boca de (roto) ada de Padilla, hasta el Serro de Chivato, y bajo los (roto) as linderos de que está instruido dho. D. Pedro Torrado (roto)....."

Esta escritura, aunque vagamente, por el deterioro, sí hace referencia a algunos linderos arcifinios. En la copia de la sentencia de la Corte del 1º de diciembre de 1939, referente al juicio del aviso de la finca "Padilla", se lee lo siguiente al comentar las escrituras de venta de los años 1772, 1800 y 1828 y la inspección ocular practicada en ese juicio:

"En la escritura de 29 de marzo de 1828, de venta de Eustaquio Diago a Francisco Lucena, se dice que las tierras llamadas 'La Picota' *están deslindadas en las escrituras antiguas.* Una de esas escrituras antiguas que allí se mencionan, es indudablemente la de 1772, que contiene la venta de las tierras de 'La Picota' de Clemente Basco, Da. María (de apellido ilegible) y Da. Teresa Basco como hijos y herederos de Ignacia Ibáñez, a Pedro Torrado, escritura que se halla en el mismo estado de deterioro en que se encuentra en el protocolo de Honda la escritura de 18 de junio de 1800, y que fue esaminada (sic) en la diligencia de inspección ocular de que ya se habló, a petición del señor apoderado de la Shell. Allí se leen varios de los linderos de la finca de La Picota y se citan puntos y linderos arcifinios, como son el Cerro de Chivato, la Zanja de Calunga, el Paso Real de Padilla y la quebrada de Padilla, algunos de los cuales son los mismos que figuran como linderos actuales del terreno de 'Padilla', y que se recorrieron y reconocieron en la diligencia de inspección ocular de que se hablará más adelante."

En el presente juicio, en el cual el objeto del aviso es la denominada hacienda *La Picota,* no se ha efectuado sobre el terreno un reconocimiento ocular semejante al que se practicó para la finca *Padilla.*

En el mapa de la Oficina de Longitudes del Tolima, de 1927, aparece la quebrada de Padilla y el sitio de *Padilla,* desembocando aquélla, más o menos, de Sur a Noreste, en el río Gualí; y a bastante distancia de aquella quebrada, de Sur a Este, más o menos también, y desembocando en el mismo río, la "*quebrada* Calunga". En la escritura del año de 1763, casi ilegible por el deterioro (folio 14 vuelto, cuaderno número 3), se habla de "...*cerros* de Calunga" en la venta que "de las tierras que llaman de La Picota", hizo Francisca Teresa de Arroyabe a Juan de Dios Albarracín. Las firmas de ésta y del comprador están borradas en esta escritura. La quebrada de Padilla atraviesa, según el mismo mapa del Tolima, el ferrocarril de Honda a Ambalema.

No figuran allí el *cerro del Chivato* ni la *Sierra Picota.*

Posiblemente puedan corresponder estas alturas a algunas de la Cordillera entre los sitios de Honda, Padilla y Mariquita; pero no figuran en el mapa ni se les ha localizado en el presente juicio tanto para saber cuáles son como para

determinar los puntos precisos en que tales cerros y los demás puntos arcifinios constituyen hoy los linderos respectivos con la finca *La Picota,* y establecer la concordancia o relación con la determinación de esta finca de acuerdo con los documentos precedentes a esta escritura del año de 1772 y los demás relacionados con esta escritura.

Ni en la escritura de 16 de octubre de 1783, de venta de las tierras de "La Picota", hecha por Pedro Torrado a Vicente Diago (folio 61, cuaderno número 1); ni en la de 18 de julio de 1800 (casi ilegible en su totalidad) referente a la venta de esas tierras (folio 60 ibídem), hecha por Ignacio Antonio Ortiz a Juan Blas de Aranzazu; ni en la de 15 de julio de 1824 (folio 59 ibídem), relativa a "unas tierras nombradas La Picota, situadas en jurisdicción de esta ciudad (Honda) y la de Mariquita.....", y al reconocimiento hecho por Eustaquio Diago a nombre de su esposa Juana de Aranzazu, de un principal de cuatrocientos pesos "en favor de las benditas ánimas del Purgatorio", se señalan linderos de tales tierras. Igual cosa pasa con la escritura de 22 de marzo de 1828 de la Notaría de Honda (folio 57 ibídem). En ella sólo se habla de "unas tierras llamadas La Picota, las cuales están deslindadas en las escrituras antiguas, con sus casas, entradas, salidas....", venta hecha a Francisco Lucena por Eustaquio Diago, como esposo de Juana Aranzazu y en la que se afirma que le pertenecían a esta señora por herencia de su padre Juan Blas Aranzazu. La escritura del año de 1763 ya quedó comentada atrás.

d) Es en la escritura (folio 55 ibídem) de trece de junio de 1835 de la Notaría de Honda, en la cual *Francisco Eufrasio Lucena* dijo que daba en venta a Julián Tribilcock "un globo de tierra nominado La Picota y *Padilla* (subraya la Corte), situado en jurisdicción de Mariquita, el cual se halla bajo los linderos siguientes: desde el paso de *Calunga,* extendiéndose para abajo de la punta de la Mesa del Pastoreo hasta el paso *de Padilla* y yendo para Mariquita, extendiéndose a la izquierda y lindan con las tierras nominadas de la Seyba de la propiedad del señor José María de la Guardia, por el cerro del Boquerón con las de Caymital del señor José María Samper y con el río de Gualy y lindante con las tierras de Jacinto Vivas y la de San Antonio que posee el señor Tribilcock, y por la vega de arriba hasta la punta del cerro del *Chivato* con las de la quebrada llamada Da. Isabel hasta su desembocadura en la de Rabo de Gallo....."

Estos linderos no se han localizado en el terreno en el juicio, cuyo objeto es la finca *La Picota.*

Aunque en el citado mapa del Departamento del Tolima aparecen el sitio y la *quebrada* de Calunga, no figuran en él ni se han localizado en el terreno, en el presente juicio, la *Mesa del Pastoreo,* ni los cerros del *Chivato* y del *Boquerón,* ni la quebrada llamada *Da. Isabel* ni la de *Rabo de Gallo;* ni las tierras nominadas *La Seyba,* que pertenecieron a José María de la Guardia, ni las de *Caimital,* que fueron de José María Samper, ni las que pertenecieron a Jacinto Vivas, al señor Tribilcock y a los señores Navarros.

El reciente plano o croquis que en el presente juicio han presentado los avisantes, no es prueba suficiente ante la Corte para aceptar como demostrados estos hechos, después de las observaciones hechas por la Sección Técnica del Ministerio del ramo.

¿Y qué relación guardan los linderos que en esta escritura se señalan a *La Picota,* con la determinación de estas tierras según los documentos anteriores, que se dejan ya citados y analizados?

En forma muy clara, el pensamiento de la Sala en esta materia ha sido fijado y emitido por ella, ya en varias decisiones, similares, sobre todo en las que pueden leerse en los números 1983 y 1987 de la *Gaceta Judicial.*

Dijose en la primera de estas decisiones, de fecha 27 de junio de 1942 (página 211-1ª):

"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 y geográfica, se encuentra que este 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 resulte de poner en relación, en el terreno, lo que ese título exprese, con los elementos determinantes que sirvan para conocer el objeto a que el título se refiere, cuando median las circunstancias, susceptibles de inducir a error, a las cuales se ha hecho arriba referencia.

"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, 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, y los hay seguramente, 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 y 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."

Y, posteriormente, en la segunda de tales decisiones de cinco de agosto del mismo año sobre Chaparral, la Sala confirmó y amplió esos conceptos como puede leerse en las páginas 899 a 903 de la *Gaceta Judicial* número 1987, expresando, en síntesis, que es 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, para que éstos puedan invocar y para que a éstos se reconozca derecho al petróleo que pueda encontrarse en el subsuelo de tales tierras. Sin esto no será legalmente posible hacer tal reconocimiento porque a ello se oponen principalmente el artículo 7º, ordinal c) de la Ley 160 de 1936 y los artículos 222 y 593 del Código de Procedimiento Civil.

Los conceptos y observaciones del Ministerio ante quien se presentan y tramitan administrativamente los avisos y propuestas relacionados con exploración y explotación de petróleo —se dijo por la Corte en sus providencias publicadas en el mencionado número 1983 de la *Gaceta Judicial* (páginas 177 y 192), no obligan a la Corte; pero —se agrega hoy— ésta debe tener claros fundamentos de orden legal para apartarse de ellos, cuando no han sido desvirtuados por las partes interesadas por los medios probatorios conducentes, ya ante el mismo Ministerio, ya ante la Corte, sobre todo cuando tales conceptos y observaciones emanan de una Oficina de carácter técnico, como lo es la adscrita a aquella dependencia del Gobierno, y se refieren, como los de límites, medidas, planos, documentos casi ilegibles por la acción del tiempo, etc., a cuestiones tan ajenas al conocimiento general del Tribunal fallador.

En la citada escritura de venta del 13 de junio de 1835 es en la que por primera vez se habla del globo de tierra nominado La Picota y "Padilla", y se le señalan a dicho globo de tierra los linderos que allí aparecen, pero la falta de relación entre estos linderos y los anteriores y posteriores señalados en los documentos que ya se han citado, es notoria para la clara determina-

ción actual de la finca *La Picota,* como bien lo observan el Ministerio, las Secciones Técnica y Jurídica del mismo y el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Ahora, como esta finca es la materia, cosa u *objeto* del presente juicio, y no la finca *"Padilla"*, sobre la cual recayó la sentencia de la Corte de primero de diciembre de 1939, y, como por las razones que quedan ya expuestas en el presente fallo, no aparece comprobado suficientemente cuál es el lote o porción donde actualmente esté ubicada la hacienda *La Picota* dentro del denominado globo de tierra *La Picota y Padilla,* el actual aviso no puede prosperar por este aspecto.

Tampoco puede prosperar por la invocada *explotación económica* de *"La Picota"*, pues con base en que en el lote que se dice constituye hoy esta finca, se hubieran tenido bohíos, casas, cultivos, potreros, crías de ganado, de caballos, etc., y se hubieran reconocido censos, por los documentos que quedan examinados, no se sabe hoy cuál es, claramente, la porción de terreno que corresponde a esta finca, porque en esos documentos no aparece ella suficientemente determinada, en forma que se pueda establecer claramente su actual identidad.

A la prescripción adquisitiva de largo tiempo por la explotación económica del suelo, se llega a través de la posesión material que se ejerce sobre una cierta y determinada porción de terreno, y si no se sabe con seguridad cuál es ésta, porque no se ha determinado y localizado claramente por los medios legales, no puede reconocerse ni declararse como consumado el consiguiente fenómeno jurídico del dominio o propiedad particular con el subsuelo de esa porción de terreno y el correlativo de su salida del patrimonio del Estado.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es *fundada* la pretensión a que se refiere el presente juicio para explorar y explotar petróleo de propiedad particular en el terreno descrito en el respectivo memorial de aviso como finca *La Picota.*

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en el próximo número de la *Gaceta Judicial* y remítase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos para los fines legales correspondientes.

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

Pensión a un antiguo miembro del Organo Jurisdiccional

Ha sentado la Corte la doctrina de que sea el Tesoro Nacional y no la Caja de Previsión el obligado a pagar las pensiones de jubilación de los antiguos miembros del Organo Jurisdiccional, en acatamiento al artículo 18 de la Ley 22 de 1942.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Ante el Tribunal Superior de Medellin, el doctor Mario Escobar Marulanda, obrando en su propio nombre, solicitó se le decretara una pensión de jubilación mensual vitalicia por la suma de *noventa y un pesos* ($ 91), correspondiente a la mitad del mayor y último sueldo que por más de un año devengó como Juez 1º Civil del Circuito de Santa Rosa de Osos, basándose para ello en lo dispuesto por la Ley 22 de 1942.

El peticionario hace una relación de los puestos que desempeñó en el Organo Judicial, desde el mes de mayo de 1910, como Juez Civil del Circuito de Medellín, hasta el último cargo que ocupó como Juez 2º Penal del Circuito de Santa Rosa de Osos, en el mes de octubre de 1935. Asimismo allega las siguientes pruebas para acreditar el derecho que le asiste al reconocimiento de lo que demanda:

1º Fe de bautismo, expedida por el señor Cura Párroco de Sonsón, como prueba de la edad requerida.

2º Testimonios de personas honorables para acreditar su pulcritud, honradez y consagración en el desempeño de la judicatura.

3º Actas de posesión de los distintos puestos que sirvió en el Organo Judicial durante veintitrés años.

4º Certificaciones de buena conducta.

5º Testimonios para acreditar la carencia de medios de congrua subsistencia.

6º Informe de la Administración de Hacienda Nacional según el cual el doctor Escobar Marulanda no devenga sueldo o pensión del Tesoro Público y está a paz y salvo con la Nación.

El Tribunal se abstuvo de conócer del negocio, fundándose para ello en que el demandante no tenía el carácter de funcionario o subalterno del Organo Judicial, en el momento de la expedición de la ley, requisito exigido por ella para que pueda ser reconocida una pensión por la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, y cuya falta hace que los Tribunales Superiores carezcan de competencia para el conocimiento de solicitudes de jubilación provenientes de quienes no sean miembros de la Caja.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al corrérsele el traslado del negocio, observó que si bien es cierto que el doctor Escobar Marulanda no era funcionario en el momento de la expedición de la ley, ni desempeñó cargo alguno durante su vigencia, conforme a la jurisprudencia sentada por la Corte en casos similares, debía reconocérsele a cargo del Tesoro Público y no de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, la pensión mensual vitalicia que el demandante reclama.

Dice aquel funcionario: "Pero, como ya se ha visto que el doctor Escobar Marulanda sí tiene derecho a la pensión de jubilación, aunque la Caja de Previsión no sea la llamada a pagársela, forzoso es concluir que es el Tesoro Nacional el encargado de hacer tal erogación. En este negocio no se ha demandado el pago del Tesoro Nacional, sino de la Caja de Previsión, pero conforme a la jurisprudencia sentada por esa honorable Corte al respecto, este Despacho considera que podía hacerse la condenación a cargo del Tesoro Nacional con el objeto de evitar al demandante el tener que intentar una nueva acción. Con un criterio amplio y benévolo, esa ha sido la solución dada en casos semejantes por esa honorable Corte."

—

El artículo 2º de la Ley 22 de 1942 dice: "Para gozar de la pensión de que trata el artículo anterior, se requiere:

"a) Haber servido al país en los puestos de que trata el artículo anterior por un término no menor de veinte años. En este término de servicio se contará y acumulará el que se hubiere prestado en uno o varios destinos.

o

"b) Haber observado buena conducta.

"c) Haber llegado a la edad de sesenta años, aun cuando en esa época haya dejado de ejercer el cargo. Pero si reuniere las demás condiciones, podrá gozar de los beneficios del artículo anterior, aunque no tuviere sino cincuenta años, cuando, careciendo en absoluto de renta, demostrare que su capacidad para el trabajo profesional, a juicio de facultativos médicos, se hallare sensiblemente disminuída.

"d) Carecer de medios para la congrua subsistencia."

De acuerdo con lo ordenado por el artículo 2º de la Ley 22 de 1942, el doctor Escobar Marulanda presenta las certificaciones de las respectivas actas de posesión en el desempeño de los siguientes puestos en el Organo Judicial: "Juez Civil del Circuito de Medellín, desde el 14 de mayo de 1910 hasta el 30 de junio de 1915; el de Juez 2º Penal del Circuito de Santa Rosa de Osos, desde el 5 de julio de 1915 hasta el 31 de julio de 1919; el de Juez 1º Civil de este mismo Circuito, desde el 1º de agosto de 1919 hasta el 30 de junio de 1921; el de Juez 1º Civil del mismo Circuito de Santa Rosa, desde el 2 de agosto de 1923 hasta el 4 de febrero de 1927; el de Magistrado del Tribunal Superior, desde el 9 de febrero de 1927 hasta el 10 de mayo del mismo año; el de Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, desde el 14 de mayo hasta el 30 de junio de ese mismo año de 1927; el de Juez 1º del Circuito Civil de Santa Rosa de Osos, desde el 4 de julio de 1927 hasta el 30 de junio de 1931; el de Juez 2º Penal del mismo Circuito, desde el 1º de julio de 1931 hasta el 31 de octubre de 1935..." Como no aparecieran las actas de posesión durante el año de 1925 como Juez 1º Civil del Circuito de Santa Rosa de Osos y no hubiese constancia de posesión en el año de 1933 como Juez 2º Penal del mismo Circuito, testificó haberlos desempeñado, con las declaraciones de los doctores Ricardo Estrada y Miguel Calle Machado, y de los señores don Lisandro Mejía y don Rafael Cuartas J., "testigos todos de excepción y honorabilidad". Con los mismos testigos acredita su buena conducta, la carencia de los medios para la congrua subsistencia y que se encuentra a paz y salvo con el Tesoro Público. Y por último, para la edad respectiva la demuestra con la partida de nacimiento.

De lo dicho se desprende que el doctor Mario Escobar Marulanda ha presentado la documentación exigida para demandar el pago de la pensión de jubilación que como funcionario del Organo Judicial y de conformidad con lo ordenado por la Ley 22 de 1942, le corresponde.

En casos análogos, esta Sala ha dicho: "...ha resuelto estas solicitudes (la Corte) en el sentido de que sea el Tesoro Público el obligado a satisfacerlas, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones que constituyen ya la doctrina sentada por la Sala en tratándose de estas cuestiones: El artículo 15 de aquella Ley (22 de 1942) declara que son miembros de la Caja 'todos los funcionarios y empleados pagados por el Tesoro Nacional, que pertenecen al Organo Judicial, al Consejo de Estado, a los Tribunales Contencioso-administrativos y al Ministerio Público', y que ellos, en parte, contribuirán a formar los fondos de la Caja (artículo 16 ibidem). Equitativo resulta por tanto que la Caja pague las pensiones que se decretan en favor de sus socios, los cuales, en parte, contribuyeron a formar sus fondos, y que no pague aquellas pensiones que se decretan en favor de quienes no lo fueron. Además, el artículo 18 de la Ley 22 dice al respecto: 'No será de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo 1º a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta Ley en vigencia, tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación, conforme a las disposiciones anteriores, las cuales continuarán pagándose por el Tesoro Nacional en la cuantía que fueron decretadas, y no serán susceptibles de aumento'. La parte final de la disposición transcrita dice que tales prestaciones 'continuarán pagándose por el Tesoro Nacional', pues aquellas prestaciones se acomodan al concepto contenido en la primera parte de la disposición, y según la cual 'no será del cargo de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo primero a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta Ley en vigencia tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación...' En casos análogos al presente, la Corte ha dispuesto que se haga el pago por el Tesoro Nacional y no por la Caja de Previsión. En estas condiciones considera la Sala que siendo el señor Agente del Ministerio Público el representante legal, tanto del Tesoro Nacional como de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, y habiendo demostrado el peticionario que tiene derecho a que se le decrete la pensión solicitada, no encuentra inconveniente legal alguno para que así no se ordene, ya que el mero hecho de haber solicitado dicha pensión de la Caja de prestaciones del Organo Judicial y no del Tesoro Nacional no cambia en nada la situación ante el derecho que la ley le concede; a lo anterior se puede agregar que esta clase de peticiones tiene una tramitación especial, en la que establecido el derecho y oído el Agente del Ministerio Público, si éste no se opone, el juzgador debe reconocer

el derecho que le asiste al peticionario conforme a la Ley (sentencias proferidas en las demandas de pensión de los señores Pedro Afanador Gómez y Angel María García, respectivamente)."

Por lo relacionado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia objeto del presente recurso de apelación y en su lugar resuelve:

1º Condénase a la Nación a pagar al doctor Mario Escobar Marulanda una pensión mensual vitalicia por la suma de noventa y un pesos ($ 91.00) moneda legal.

2º Esta pensión será pagada desde el día en que fue presentada la demanda ante el Tribunal Superior de Medellín, es decir desde el diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y tres en adelante.

Dése aviso de esta decisión al señor Ministro de Gobierno, al señor Ministro de Hacienda y al señor Contralor General de la República.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Miguel Arteaga H., José M. Blanco Núñez, Aníbal Cardoso Gaitán, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena

CONSIDERANDO:

1º Que ha fallecido en esta ciudad el doctor Emilio Ferrero, quien fue Presidente de esta corporación, Ministro de Estado, Gobernador y Representante al Congreso;

2º Que en todos estos cargos se distinguió por su probidad mental, su ciencia, su patriotismo y el cumplimiento estricto del deber;

3º Que se distinguió entre los más eminentes jurisconsultos del país, ya como profesional, ya como Magistrado de la Corte, donde dejó huellas luminosas de su actuación;

4º Que en su vida privada se ostentó como un modelo y en su vida pública como un ejemplar de ciudadanos, compitiendo su modestia con su ilustración, su desinterés con su patriotismo,

ACUERDA:

La Corte Suprema de Justicia lamenta la muerte del doctor Emilio Ferrero y rinde un homenaje emocionado a su memoria. Presenta la vida y actuación de tan eximio ciudadano como un ejemplo a las generaciones presentes y por venir, y destaca su figura como la de una de las personalidades más puras, ilustradas y eminentes de Colombia.

Publíquese en la *Gaceta Judicial,* y en nota de estilo envíese copia de este Acuerdo, por medio de una comisión de la Corte, a la señora viuda e hijos del doctor Ferrero.

Dado en el salón de sesiones de la Corte, en Bogotá, a 16 de noviembre de 1944.

FE DE ERRATAS

Página 172. 1ª **infra.** Dice "propiedad plena o **nula**". Léase "propiedad plena o **nuda**".

Página 259. 2ª **supra.** Dice "horas **despusé**". Léase "horas después".

Página 383. 1ª Dice "Magistrado ponente, doctor Franciso Bruno, Gaitán)." Léase "(Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán)".

INDICE

SALA PLENA

Págs.

Artículos 6º y 8º de la Ley 88 de 1935, y 2º del Decreto número 1766 de 1936, acusados como inconstitucionales. Noción jurídica de derecho adquirido.—Se declaran exequibles las disposiciones acusadas por el Coronel retirado Angel María Serrano. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 1

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Liborio Escallón, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta y José Antonio Montalvo 6

Demanda de inexequibilidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943, sobre comunidades.—Solamente se declara inexequible el inciso tercero del artículo primero acusado por el doctor Hernando Cruz Riascos. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 7

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Hernán Salamanca e Isaías Cepeda 14

Artículos 173 y 252 del Código Judicial, acusados como inconstitucionales.—Se resuelve que no son inexequibles las disposiciones acusadas en la demanda del doctor Carlos H. Pareja. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 15

Nueva demanda de inexequibilidad del inciso 3º del artículo 1º de la Ley 51 de 1943.—Se está a lo resuelto acerca de la demanda formulada contra esta disposición por el doctor Hernando Cruz Riascos, que obra en las páginas 7 a 13 de esta misma **Gaceta Judicial.** Presentó esta segunda demanda el señor Germán León. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 18

Decretos ejecutivos números 950 y 1793, de 30 de mayo y 8 de octubre de 1931, respectivamente, acusados como inconstitucionales.—Se declaran exequibles los Decretos acusados por el doctor Ignacio Mariño Ariza, como apoderado de Carlos Eduardo Soler y otros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 20

Por sustracción de materia se declara que no es el caso de decidir sobre constitucionalidad del artículo 8º del Decreto legislativo número 1778 de 1944, acusado.—No se accede a lo pedido por el señor Jaime Hoyos Arango. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 22

Inciso 1º del artículo 6º del Decreto número 2645 de 1943, acusado como inconstitucional.—Se declara que es exequible la disposición acusada por el señor Ricardo Silva R., como inconstitucional. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 23

SALA DE CASACION CIVIL

Págs.

Acción petitoria de cumplimiento de un contrato y de pago de perjuicios. Grafología.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 3 de diciembre de 1942, en el juicio ordinario seguido por Jorge H. Navarro y Pedro A. Casís contra Joaquín Molina. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez ... 27

Acción principal petitoria de inexistencia de un contrato por simulación, y subsidiaria de rescisión por lesión enorme.—No se casa la sentencia proferida el 13 de diciembre de 1943, en el juicio ordinario seguido por Juan Gregorio Henao y otros contra Julio Calle. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 32

Acción petitoria de falsedad e inexistencia de unos documentos. Desistimiento. Transacción. No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 8 de agosto de 1943, en el juicio ordinario seguido por los herederos de Adolfo González y Valentina Fonseca contra la Compañía Agrícola e Industrial de Boyacá, Sociedad Anónima. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 34

Acción petitoria de pago de perjuicios.—No se infirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Barranquilla el 6 de diciembre de 1943, en el juicio ordinario de Pedro Díaz O. contra la "Sociedad Agrícola Comercial, S. A." y el Banco Alemán Antioqueño, hoy Banco Comercial Antioqueño. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango. 37

Acción de nulidad de una sentencia.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 23 de noviembre de 1943, en el juicio ordinario seguido por Julio César, Aurelio y Angela María Henríquez Orozco contra los causahabientes de Clemente Marrocco, sobre reconocimiento de los actores como herederos de Santiago Henríquez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 40

Acción de nulidad absoluta de un contrato de compraventa.—No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga, de 13 de diciembre de 1943, en el juicio ordinario de José María Azcárate contra Antonio María Concha, representado por su curadora Virginia Lerma de Concha. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca ... 43

Perjuicios.—Se infirma la sentencia del Tribunal de Bogotá, de 20 de noviembre de 1943, en el juicio ordinario iniciado por Stefano

Págs.

Vertúa contra la Société Nationale de Chemins de Fer en Colombie, sobre responsabilidad civil en accidente ferroviario. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 48

Acción de dominio.—No se casa la sentencia dictada en el juicio ordinario de Francisco Laserna Bravo contra Emiliano Mejía J., Jorge Mejía Escobar y Eufrasio Pulido, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué el 14 de abril de 1943. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 51

Reivindicación.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha 21 de octubre de 1943, en el juicio reivindicatorio de Onofre García y Clementina Reyes de García contra William Sheets. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda .. 55

Acción de nulidad de un remate y de reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el 30 de agosto de 1943, en el juicio de la señora Julia Toro de Restrepo contra Elisa Johnson viuda de Vélez y Tulio Vélez Johnson. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza ... 61

Se declara inadmisible el recurso de casación. Por tratarse de la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes de la sociedad conyugal de Mercedes Camargo de Malaver y Enrique Malaver, en liquidación provisional. Sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 22 de marzo de 1944. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 64

Suministro de papel.—No se aclara el auto dictado en el juicio de Concepción Ramírez contra Proto Ramírez Losada, sobre pago de una suma de dinero. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 65

Reivindicación para la sociedad conyugal de los bienes vendidos por el marido sin intervención de la mujer.—Se casa la sentencia de fecha 17 de febrero de 1944, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario seguido por Guillermo Arboleda y otros contra Luis Carmona. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 66

Acción de nulidad de un testamento. Interpretación del testamento.—Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal de Popayán, de 1º de julio de 1942, en el juicio ordinario de Juana Martínez de Valdés contra Alcides Martínez Silva y otros. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 70

Acción de nulidad de un juicio, de un remate, etc.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 31 de enero de 1944, dictada en el juicio ordinario seguido por Eusebio N. Vélez contra Melitón Betancur, Luis Norberto Vélez y José Sierra O. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca... 73

Acción petitoria de pago de perjuicios por culpa extracontractual. Renuncia y desistimiento. Error.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 29 de noviembre de 1943, dictada en el juicio ordinario entablado por Justino Beltrán contra la Compañía de Samacá, Sociedad Comercial Anónima. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 77

Págs.

Acción para el pago de una suma de pesos.—No se accede a casar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 14 de octubre de 1943, dictada en el juicio ordinario de Miguel Calderón contra Jesús Buriticá o Juan Clímaco Arenas H. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 80

Acción de nulidad de un remate y de reivindicación.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Buga el 24 de septiembre de 1943, en el juicio ordinario iniciado por Francisco Cardona contra Apolinar Gutiérrez Mejía y Matilde Espinosa. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 86

Acción de nulidad de una hipoteca.—No prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de San Gil, de 22 de septiembre de 1943, en el juicio ordinario de Roberto Cortés Lara contra Paulina Suárez y Aníbal Escamilla, sobre nulidad y reivindicación. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 91

Nulidad absoluta, por ilicitud de objeto, de la venta de gananciales hecha por un cónyuge al otro durante la sociedad conyugal.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 30 de septiembre de 1943, en el juicio ordinario de Francisco Perdomo contra Roberto Aguiar y Herminia Díaz de Aguiar. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 95

Acción petitoria de indemnización de perjuicios.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 10 de febrero de 1944, dictada en el juicio ordinario de Emiliano Lozano y Pedro Ignacio Eslava contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 98

Prueba escrita.—Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 14 de febrero de 1944, proferida en el juicio ordinario instaurado por Erasmo Sánchez contra Israel Rodríguez, sobre exclusión de algunos bienes y reconocimiento de algunos créditos en la sucesión de Soledad Sánchez de Sánchez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 101

Acción de nulidad de un contrato y de reivindicación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 28 de febrero de 1944, en el juicio ordinario de Rosaura Díaz de Rodríguez contra su esposo Jesús María Rodríguez y contra Luis Alfonso Monsalve. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 105

Acción de nulidad de un contrato y de reivindicación.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Cali, dictada el día 16 de febrero de 1944, en el juicio ordinario instaurado por Parménides León contra Pedro A. Peña. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 108

Acción petitoria de pago de perjuicios por culpa extracontractual.—No prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 1º de febrero de 1944, dictada en el juicio seguido por Abigaíl Rondón v. de Salazar contra Amalia Salazar v. de Ortega para el pago de

Págs.

gastos y costas judiciales y perjuicios materiales y morales ocasionados por una denuncia criminal. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 111

Admisión de un impedimento.—En el juicio ordinario de Concepción Faulhaber de Tobón contra Jesús María Tobón, sobre partición de bienes de la sociedad conyugal, se declara separado del conocimiento al Magistrado doctor Liborio Escallón, y se ordena pasarlo al Magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza.. 117

Reivindicación.—No se casa la sentencia que el 27 de mayo de 1943 dictó el Tribunal de Ibagué en el juicio ordinario del doctor Telésforo Jiménez contra Roberto Duarte, Magistrado ponente, doctor Fulgencia Lequerica Vélez... 118

Acción petitoria de pago de perjuicios.—No se revoca la sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó el 8 de febrero de 1944, en el juicio ordinario iniciado por el doctor Domingo Romero, en representación de los esposos Jesús Muñoz y Dominga Avendaño, contra el Ferrocarril de Cundinamarca, por la muerte de Leonor Muñoz. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 122

Acción de repetición por pago de lo no debido. No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 19 de febrero de 1944, en el juicio ordinario seguido por Juana Bautista de Cantillo contra el abogado Joaquín Caldas Luna. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca... 126

Acción de nulidad de un contrato.—Se infirma la sentencia de 21 de octubre de 1943, del Tribunal Superior de San Gil, dictada en el juicio ordinario de Adolfo Castro contra José María Poveda. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 132

Reivindicación.—Se declara infundado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 24 de marzo de 1944, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio reivindicatorio promovido por Virginia Benavides v. de Jorge y otras, como representantes de la sucesión de Dominga Benavides v. de Melo, contra María de Jesús Santos v. de Niño y Fabiola Niño Santos. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 136

Acción petitoria de pago de perjuicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el 30 de septiembre de 1943, proferida en el juicio ordinario de Petra Cáceres contra la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A., sobre responsabilidad civil por un incendio. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 139

Fideicomiso de herencia.—Infírmase la sentencia de 8 de abril, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Olinto Marcucci, como Gerente de la Compañía Urbanizadora Marcuchinia, S. A., contra María Vargas de Costa y otras, sobre restitución de unos bienes. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 142

Acción petitoria de pago de perjuicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 11 de septiembre de 1943, pronunciada en el juicio ordinario instaurado por el doctor Aparicio Rey R. contra el Municipio de Bogotá, sobre responsabilidad civil

Págs.

por unas inundaciones. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 146

Perjuicios.—No prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de 12 de abril de 1944, en el juicio iniciado por Eduardo Vega Orozco contra la sociedad La Nueva Flota, Limitada, sobre responsabilidad civil por accidente de tráfico. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 150

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. No se infirma la sentencia de fecha 20 de junio de 1942, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario de la Litografía Barranquilla, S. A. contra Emiliani, Senior & Co., S. en C. (Almacén Emiliani). Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 152

Salvamento de voto del Magistrado doctor Isaías Cepeda 162

Acción petitoria de pago de perjuicios. Personería de las partes. Prueba de la constitución de las sociedades mercantiles.—No prospera el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de fecha 26 de octubre de 1943, proferida en el juicio ordinario instaurado por Elías Bernal, a nombre de la "Sociedad Ganadera del Norte, Limitada", contra la "Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A.", sobre responsabilidad civil por un incendio. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 163

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, de 28 de marzo de 1944, en el juicio ordinario seguido por Ester Herrera v. de Espeleta y Lucía Espeleta de Collins contra Leonor Trucco de Martínez. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 169

Reivindicación.—No prospera el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, pronunciada el 29 de marzo de 1943, en el juicio ordinario iniciado por Praxedis Molina contra Francisca León. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 171

Acción de filiación natural.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 10 de diciembre de 1943, en el juicio ordinario seguido por Emilia Arango T., en representación de sus hijos, contra Carmen Arzayús de Saavedra y Julia Arzayús de Salazar. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda... 175

Cuantía de la acción.—No prospera el recurso de hecho contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá que denegó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en el ordinario de reivindicación de Marco A. Molina contra Jorge A. González y otros. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 178

Acción de nulidad de una escritura. Embargo. Cásase la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 10 de abril de 1944, dictada en el juicio ordinario de Luis Antonio Prieto contra Mercedes Moncada y Luis Enrique León Quiroga. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 180

Págs.

Acción de perjuicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 13 de diciembre de 1943, pronunciada en el juicio ordinario de indemnización de perjuicios instaurado por José Luis Trujillo Gómez contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 184

Simulación.—No se accede a casar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 5 de mayo de 1944, dictada en el juicio ordinario entablado por Valentín Calderón contra Romelia Rodríguez de Rodríguez, Gloria Antonia Rodríguez Rodríguez y otras, sobre declaración de inexistencia de un contrato de compraventa por simulación. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 194

SALA DE CASACION PENAL

Multas.—Se sobresee definitivamente a favor del doctor Miguel Ocampo Patiño, en relación con el delito de detención arbitraria que se le imputó, en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Buga. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 199

Pena de relegación a una colonia penal.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que el 11 de marzo de 1943 impuso a Manuel Antonio Romero la pena de tres años de prisión por lesiones causadas a Luis Saavedra. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 203

Lesiones personales.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que el 22 de septiembre de 1943 impuso a Elisa Arrubla la pena de tres años de presidio por lesiones personales causadas a Pastora Piedrahita y Jesús María Jaramillo. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 206

Sentencias proferidas por Consejos de Guerra. La Sala ordena devolver al señor Héctor Caviedes Arteaga los escritos dirigidos a ella en que se hacen algunas peticiones relacionadas con una sentencia dictada contra el peticionario por un Consejo de Guerra Verbal. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 210

Recurso de revisión.—Se niega la revisión solicitada por Luis Ramón Gómez o Ramón Parada López de las sentencias por las cuales fue condenado a la pena principal de 20 años de presidio por homicidio en la persona de Marcos Martínez. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 212

Sanción contra funcionarios públicos que intervienen en política.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Pasto, de 12 de noviembre de 1943, por el cual se llamó a responder en juicio al doctor Julián Silva, Juez Mixto del Circuito de Barbacoas, por uno de los delitos contemplados en el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez. 216

No se repone el auto reclamado.—No prospera la reclamación contra el auto por el cual se negó la Sala a conocer de las peticiones hechas por el señor Héctor Caviedes Arteaga, de fecha 4 de octubre de 1944 (véase página 210). Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 222

Págs.

Sorteo de Jurados.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 9 de junio de 1944, que condenó a Marcos Rincón Duarte a nueve años de presidio por homicidio en José Donato Garza. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 225

Principio de favorabilidad de la ley penal. Expulsión de extranjeros perniciosos.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, fechada el 5 de marzo de 1943, que condenó a Mahomed Alí Eff Yuseff o Mahomet Aliyusept y a Francisco Sabat a nueve y a cuatro meses quince días de prisión, respectivamente, por hurto. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez ... 228

Intervención de funcionarios judiciales en política.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Eduardo Castro Martínez por la imputación de intervención en política, en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Tunja. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 235

Veredicto. Escrutinios de los votos del Tribunal de conciencia.—No se invalida el fallo del 30 de enero de 1943, dictado por el Tribunal Superior de Manizales, en que se absolvió a Benjamín Salazar Calderón del delito de peculado. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 240

Causales de impedimento.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Mario Romero Padilla, por los cargos que, como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, le fueron hechos por el señor Fiscal del Juzgado 3º Superior, en el proceso a José Ignacio Navarro por homicidio. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 243

Los autos de sobreseimiento definitivo son consultables.—Se declara nulo lo actuado en el proceso contra Indalecio Pulido o Arcadio Jiménez, y se ordena devolver el expediente al Juzgado 3º Superior de Bogotá, por conducto del Tribunal, para que se continúe la investigación y se vuelva a calificar el mérito del sumario. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 247

Salvamento de voto de los doctores Campo Elías Aguirre y José Antonio Montalvo 253

Concurso ideal o ficticio de infracciones y concurso material o real.—No se invalida el fallo de 16 de febrero de 1944, del Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Gilberto Uribe a la pena de siete meses y medio de arresto por lesiones personales culposas. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 255

Apreciación de la prueba de la responsabilidad en juicios por Jurado. Naturaleza jurídica del dictamen pericial sobre una autopsia.—No se infirma el fallo de 5 de septiembre de 1942, del Tribunal Superior de Pasto, en que se le impuso a Nectario Pinchao la pena principal de diez años de presidio por homicidio. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 259

Abuso de autoridad.—No se repone el auto de 27 de julio de 1943, de la Sala Penal, por el cual se abrió causa criminal al doctor Jorge Cabal "por alguno de los delitos de que tra-

Págs.

ta el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal". Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 262

Qué debe entenderse por "insensibilidad moral". El resarcimiento del daño.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 5 de mayo de 1942, en la parte en que se le impuso a Francisco Bonilla Pineda diez años de presidio, por homicidio en José Ballén. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 264

Requisitos del auto de proceder.—Invalídase el fallo de 10 de noviembre de 1942, del Tribunal Superior de Pamplona, en el cual se impuso a Ciro Alfonso Alvarez la sanción principal de dos años cuatro meses de presidio, por lesiones personales en el Agente de Policía Oscar Martínez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 272

Reformatio in pejus.—No se invalida la sentencia de 28 de julio de 1942, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que señaló a Celestino García la pena de 20 años de presidio, más año y medio de reclusión, por la muerte de Javier y Laureano Alarcón. Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 278

Se inhibe la Corte de juzgar a un Magistrado de Tribunal Contencioso-Administrativo.—No se avoca el conocimiento de las diligencias sumarias contra el doctor Antonio María Uribe, Magistrado del Tribunal Administrativo de Bucaramanga. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 285

Veredicto injusto.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 5 de agosto de 1943, que condenó a Aníbal Amézquita a la pena principal de nueve años de presidio por la muerte de Antonio Correal Bermúdez. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 287

Llamamiento a juicio por el delito de prevaricato.—Se llama a responder en juicio criminal al doctor Miguel Ocampo Patiño, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Buga, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 290

Nulidad del proceso penal por no haber sido asistido el reo por un defensor en la audiencia pública.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el 9 de abril de 1943, que impuso a Heraclio Cañón Acosta veinte años de presidio por homicidio en la persona de Francisco Núñez Quiroga. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 294

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Campo Elías Aguirre y Ricardo Jordán Jiménez 297

Causal 2ª. Veredicto.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de 8 de octubre de 1943, que condenó a Pascual Díaz a ocho años de presidio por la muerte de José Domingo Villa. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 298

Veredicto.—No prospera el recurso contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 16 de mayo de 1942, que impuso a

Págs.

Juan de Dios Basto la pena de siete años y medio de presidio como cooperador responsable en el doble homicidio consumado en Mardoqueo Prada y Josefina Carvajal. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo... 302

Veredicto. Principio de favorabilidad.—No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pamplona el 14 de octubre de 1941, que impuso a Rito Julio López y Natividad Galvis veinte años de presidio por el asesinato cometido en Juan Jaimes. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 305

Veredicto.—No se invalida el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 26 de enero de 1944, en que se señala a Efraím Orozco Niño la pena de nueve años de presidio por la muerte de Luis Alberto León Zárate. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 308

Delito de heridas, lesiones personales y tentativa de robo.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 2 de diciembre de 1941, que impuso a Luis Hernández y Carlos Arellanos diez y nueve años y medio de presidio por heridas a Vicente Estévez y Luis F. Dalloz, y por robo frustrado. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 311

Nulidad del procedimiento por irregularidades en el sorteo de Jurados.—Se anula la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Cartagena, de 29 de noviembre de 1943, en que se impuso a Venancio Roatán Peña nueve años de presidio por homicidio en la persona de José de la Cruz Peña y lesiones personales a Marcelino Peña. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 314

Declaración de prescripción de la acción penal. Se declara prescrita la acción penal contra el ex-Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla doctor Joaquín Villa Llinás, por sus actuaciones en el juicio mortuorio de Francisco Llanos. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 318

Cuestión de notoria injusticia del veredicto.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de 9 de febrero de 1941, en que se señaló a Domingo Torres y Luis Hernán Navas 24 años de presidio por la muerte de Fausta Gómez, y robo frustrado a Enrique Villabona. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 320

Indicios en materia penal. Veredicto fundado sobre prueba indiciaria.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona de 10 de noviembre de 1942, por la cual Ricardo Rodríguez Contreras fue condenado a veinticuatro años de presidio por homicidio en Marcelino Espinel y Tulia Méndez. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 323

Salvamento de voto del Magistrado doctor Campo Elías Aguirre 331

Impedimentos.—Se declara infundada la recusación propuesta por Teófilo Butrabi contra el doctor Rito Quintero Díaz, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso que se adelanta contra el recusante por abuso de confianza. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 332

Págs.

Actas de las audiencias. Qué debe entenderse por veredicto contradictorio.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, fechada el 5 de agosto de 1941, por la cual se condenó a Jorge Garay García a veinticuatro años de presidio; a Luis Alfredo Vallares Niño, José Manuel Villamil Niño, Arquimedes Cañón Martínez y Alcides Cañón Martínez, a diez y nueve años y ocho meses de la misma pena cada uno; y a Martín Pineda Orjuela, a diez y ocho años de presidio, por los delitos de homicidio, robo y violencia carnal. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 334

Diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de 17 de febrero de 1944, por la cual se impuso a Luis José Acelas ocho años y seis meses de presidio por homicidio en la persona de Juan Garnica y lesiones personales a Luis Vásquez. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 344

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo 347

Juicios de responsabilidad. Significado del elemento "conocimiento de una infracción". Se sobresee definitivamente en favor del doctor Aurelio Mejía, por los hechos que le imputó el señor José J. Ossa, cometidos como Gobernador del Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno ... 348

Aplicación de las medidas de seguridad a los intoxicados por el alcohol.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Neiva del 18 de octubre de 1943, que condenó a Gonzalo Alberto Cortés a ocho años de presidio por el delito de homicidio, en la persona de Alberto Losada. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 350

Discrepancia entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia.—Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha 17 de diciembre de 1942, en que se condenó a José Segundo o Roberto Ariza o Roberto Guarín o Milán Escamilla, a 17 años de presidio por asesinato en Abelardo Camelo. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno. 353

La amistad íntima como causal de recusación. Declárase que el Magistrado doctor José Gabriel Vargas, del Tribunal Superior de Popayán, no está impedido para conocer del proceso seguido a Francisco Vallecilla y Melba Ortiz, por homicidio. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 358

La premeditación y el dolo de ímpetu, son inconciliables.—No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pamplona el 22 de octubre de 1942, en que se condenó a Alberto Olivares Clavijo a la pena de veinticuatro años de presidio por el homicidio de su hija natural María Antonia Contramaestre. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 360

La falta de propósito en el homicidio intencional no funda el ultraintencional.—Infírmase la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, de 26 de enero de 1942, en que se condenó a Jorge Sanclemente Marulanda a cuatro años de presidio por el homicidio cometido en Romelia Sinisterra. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 364

Diferencia entre el veredicto contradictorio y el veredicto contraevidente.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de 25 de noviembre de 1943, que impuso la pena de ocho años de presidio a Luis Felipe Bolívar, como responsable del homicidio cometido en Nicanor C. Rico. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 368

Las circunstancias de mayor peligrosidad en el delito de robo.—No se infirma la sentencia de 18 de noviembre, dictada por el Tribunal Superior de San Gil, que condenó a Aurelio Merchán a cuatro años de presidio por robo a Luis José García y Adela Valderrama de García. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 370

El impulso homicida del intoxicado alcohólico accidental. Criterio de aplicación de la sanción.—No prospera el recurso contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de 26 de marzo de 1944, que condenó a Carmelo Palacio a diez años de presidio por homicidio en su hermano político Benjamín Reyes. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 374

La declaración del veredicto contradictorio no es función de la Corte. Condiciones de la demanda de casación.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 11 de diciembre de 1943, en que se condenó a Julio Ardila Velasco a ocho años de presidio por el homicidio cometido en Serafín Ariza. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno. 377

La Corte no puede reconocer circunstancias modificadoras no declaradas por el Jurado.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 19 de mayo de 1944, en que se señaló a Antonio José Soto la pena de quince años de presidio por la muerte de su hermano legítimo Emilio Soto. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno. 380

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Cancelación de matrículas de abogados.—La Sala declara su incompetencia para conocer de la apelación interpuesta por el Fiscal del Tribunal Superior de Cali contra la providencia dictada en el juicio sobre cancelación de matrículas de abogados de los doctores Ernesto González Piedrahita, Hernando Navia Varón, Miguel Monsalve y Fernando Medina Ch. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 383

Interpretación del ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial.—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín el 20 de noviembre de 1943, en el juicio ordinario seguido contra la Nación por el señor Germán Molina Callejas, sobre propiedad de una mina. Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H. 387

Pensión.—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 12 de febrero de 1944, por la cual se decretó una pensión vitalicia a favor del señor Gustavo Castro Rey por valor de cien pesos ($ 100) mensuales. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 392

Págs.

Acción sobre pago del valor de unas pensiones. Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de 9 de noviembre de 1943, y se condena al Departamento de Boyacá a pagar a la sucesión ilíquida de Máximo Bernal la suma de cuatrocientos pesos moneda legal ($ 400.00). Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 395

Liquidación de perjuicios.—Se revoca el auto dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, de 15 de septiembre de 1943, en el juicio ordinario de Luis E. Acevedo Torres contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios por el accidente de Santa Ana. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 397

Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos.—Se declaran infundadas las oposiciones de Kunhart & Company Inc., American Educational Union, Richmond Petroleum Company of Colombia y Ana Francisca Ordóñez de Uribe y María Antonia Delgado de Ordóñez a la propuesta del señor Hernando Franco. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 403

No son consultables las sentencias sobre pensiones en virtud de la Ley 22 de 1942.—Se declara la incompetencia de la Sala para conocer de la consulta concedida por el Tribunal Superior de San Gil sobre la sentencia recaída en la demanda del señor Luis M. Benavides Caro relativa a un auxilio de cesantía. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 440

Pensión.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 30 de octubre de 1943, en el juicio sobre pensión de jubilación instaurado por Angel M. García contra la Caja de Previsión Social del Organo Judicial. Magistrado ponente, doctor Isaías Chaves 442

Solicitud de pensión que se niega.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, que negó la pensión de jubilación solicitada por el señor Manuel Ibarra a cargo de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial. Magistrado ponente, doctor Isaías Chaves 445

Reivindicación. Nulidad absoluta y nulidad relativa.—Se reforma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de María de Jesús Monroy contra la Nación, sobre nulidad de un contrato de compraventa de un lote de terreno. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 447

Insistencia de la Sala en que no le corresponde el conocimiento del asunto por no tratarse de un incidente de excepciones en juicio ejecutivo.—Se decide la competencia negativa provocada por el honorable Consejo de Estado sobre el conocimiento del juicio ejecutivo seguido por jurisdicción coactiva por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, por suma de pesos, contra Carlos, Bernardo y Ricardo Buendía. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 452

Ejecución contra un Departamento.—Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Pasto en que se niega la expedición de mandamiento ejecutivo a favor del señor Julio César Segovia B. y en contra del Departamento de Nariño, por suma de pesos e intereses legales. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 455

Cláusula de reversión en los contratos sobre explotación de petróleos considerada como una de las prerrogativas de nuestro derecho público.—Se falla el juicio instaurado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, como representante del Estado colombiano, contra la Tropical Oil Company, sobre terminación de un contrato de concesión para explotación de petróleos de propiedad nacional, en el sentido de declarar que dicho contrato termina el 25 de agosto de 1951, fecha en la cual ha de operarse la reversión gratuita a favor del Estado de todos los elementos de la explotación y refinación del petróleo. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 457

Responsabilidad civil del Estado por perjuicios causados en el accidente aéreo de Santa Ana. Se condena a la Nación a pagar a la señora Carmen Ospina v. de Ayarza los perjuicios sufridos por la muerte trágica de su hija Graciela Ayarza Ospina. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 503

Responsabilidad civil por perjuicios. Cálculo de la capacidad productiva de una persona.—Se reforma la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario instaurado por Isabel Reyes v. de Consuegra y sus hijos Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes contra la Nación, sobre responsabilidad civil por la muerte trágica de Eusebio Consuegra, esposo y padre, respectivamente, de los actores. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 507

Responsabilidad civil por perjuicios.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por María de Jesús Vargas v. de Gutiérrez, en su propio nombre y como representante legal de sus hijos menores, contra el Estado colombiano, por responsabilidad civil en la muerte de Abdón Gutiérrez. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 517

Competencia negativa provocada por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema al Consejo de Estado.—La Sala se inhibe de conocer de la demanda ordinaria presentada por la señorita Josefina Sarmiento contra la Nación, sobre pago del seguro correspondiente a Honorio Sarmiento, de que la actora es beneficiaria. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 521

Inaplicabilidad del artículo 3º del Decreto ejecutivo número 1284 de 1943, en el caso de autos.—No es consultable la sentencia por la cual el Tribunal de Bogotá decidió sobre la demanda de pensión presentada por Octavio J. Benavides contra la Caja de Previsión Social del Organo Judicial. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 523

Se declara incompetente la Corte para conocer de las apelaciones interpuestas, por tratarse de autos de mera sustanciación.—Se declaran inadmisibles las apelaciones interpuestas contra el auto de admisión de la demanda y contra el que concedió dicha apelación, en el

Págs.

juicio iniciado por Nicolás Liévano contra la Nación, ante el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Víctor Cock 525

Acción para el pago de una suma de pesos. Responsabilidad del Estado por el servicio de aduanas. Avería de mercancías depositadas en una aduana.—Se revoca la sentencia apelada, del Tribunal Superior de Barranquilla, de fecha 8 de abril de 1942, en el juicio ordinario de Roncallo Hermanos & Cía., S. A. contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 527

Solicitud de aclaración de la anterior sentencia. La Sala resuelve el escrito del señor Procurador Delegado en lo Civil acerca de la sentencia recaída en el juicio de Roncallo Hermanos & Cía., de Barranquilla, S. A., contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 535

Págs.

Propuesta de exploración y explotación de petróleos. Cosa juzgada. Localización de un predio sobre determinado fundo.—Se declara infundada la pretensión de la Compañía Shell de Colombia y Carmen Varela v. de Tello e hijos, de explorar y explotar petróleos de propiedad particular en la finca "La Picota". Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 537

Pensión a un antiguo miembro del Organo Jurisdiccional.—Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio que sobre pensión de jubilación instauró el doctor Mario Escobar Marulanda contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 558

Moción de duelo por el fallecimiento del doctor Emilio Ferrero 560

Fé de erratas 561

AVISO IMPORTANTE

Las próximas ediciones de la GACETA JUDICIAL, de la Corte Suprema de Justicia, se harán en los talleres de la EDITORIAL MUNDO AL DIA. En dicha empresa se atenderá lo relativo a las suscripciones y a la venta de esta revista jurídica a los particulares.

GACETA JUDICIAL

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

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

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR:

JULIAN MOTTA SALAS

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

(Proemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LVIII BOGOTA - COLOMBIA - ENERO - FEBRERO - MARZO DE 1945 - NUMERO 2017

SALA DE CASACION CIVIL

PAGO DE JORNALES

Las demandas referentes a pago de jornales se tramitan en juicio breve y sumario, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 45 de 1939.

Por disposición expresa del artículo 1213 del C. J. los fallos que profiera un Tribunal en el juicio verbal que ha debido seguirse en este caso, no están sujetos al recurso de casación. La admisibilidad del recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma y en la solución de este punto va envuelta, como lo ha dicho la Sala de Casación, una cuestión de jurisdicción, puesto que al tenor de la disposición contenida en el artículo 148 del C. J. usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin haberla adquirido legalmente. Este principio de que la simple tramitación equivocada no desnaturaliza la índole legal de la sentencia, para los efectos del recurso de casación, ha sido norma de doctrina de la Sala.

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

El señor Roberto Echeverría demandó por la vía ordinaria de mayor cuantía al señor Germán Reyes, impetrando que se le condene a pagarle la cantidad de NUEVE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 9.000.00), que le adeuda de plazo vencido, valor de servicios prestados en veinte y cinco años, a razón de un peso diario ($ 1.00).

Como hechos fundamentales de la anterior petición presenta los siguientes: 1º que el demandado contrató sus servicios, en su condición de trabajador, para que le sirviera de vigilante en sus haciendas de Boyacá y Facatativá; 2º que prestó esos servicios a Reyes desde enero de 1916 hasta marzo de 1942; 3º que durante ese tiempo en que le prestó servicios en trabajos materiales no le pagó ningún salario y por eso desde hace un año le llamó la atención, para que le arreglara el valor de sus jornales, a razón de un peso diario.

El Juez 2º Civil del Circuito de Bogotá le puso fin a la primera instancia en sentencia fechada el 10 de diciembre de 1943, por virtud de la cual declaró que "no es el caso de acceder a las peticiones del actor".

Contra esta decisión interpuso el demandante Echeverría recurso de apelación ante el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que calificó la segunda instancia en fallo definitivo de 12 de agosto de 1944, en el cual confirma la sentencia apelada.

Contra esta última providencia interpuso recurso de casación el actor y llegados los autos a la Corte, es el momento y la oportunidad de decidir si el recurso es admisible, conforme lo dispone el artículo 529 del C. J.

Considera la Sala de Casación:

A.—La acción incoada es la que nace del contrato de trabajo y se hace consistir en que el actor pretende que el demandado le adeuda sus jornales de trabajo, durante veinte y cinco años, a razón de un peso diario, por sus servicios como vigilante y peón jornalero en las fincas de propiedad de Reyes. De manera que, ante todo, es de rigor investigar cuál es el procedimiento legal pertinente para esta clase de procesos.

B.—Sobre esta cuestión del procedimiento eficaz y pertinente para el ejercicio de tales acciones judiciales, ha sentado esta Sala doctrina muy clara en sus sentencias de 31 de mayo de 1940 (C. J. Tomo XLIX, pág. 504) y de 21 de junio del mismo año (G. J. Tomo XLIX, pág. 529). De tales fallos son estos razonamientos: "El procedimiento civil regula el modo como deben ventilarse y resolverse los asuntos civiles por medio de juicios, que son los distintos procedimientos sistematizados que por razón de la naturaleza de los negocios establece la ley (artículo 194, C. J.). Es la naturaleza del asunto lo que determina el procedimiento conducente, no la voluntad de las partes en controversia. Las leyes que fijan el juicio en cada caso son leyes de orden público, no susceptibles de variaciones, ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. De ahí porqué 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 tal en realidad por ser la culminación de un procedimiento ilegal... En efecto, la ley procesal, en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio. No existen entre nosotros juicios convencionales, esto es, juicios en los cuales tanto el juez como las partes puedan gobernar a su capricho la actuación y determinar contractualmente los efectos de los actos procesales. Este principio no obsta para que en casos particulares, pero siempre en virtud de disposición expresa de la ley, las partes tengan facultad para separarse de la observancia de una norma procesal o para, consensualmente, acordar lo contrario a una regla impositiva procesal; v. gr., prorrogar un término no perentorio".

C. — Fueron precisamente las consideraciones que acaban de transcribirse las que movieron tanto al juez como al Tribunal de instancia a negar en este caso la declaración condenatoria impetrada, fundándose ambos en que el procedimiento ordinario de mayor cuantía no es el fijado expresamente por nuestra ley procesal para derimir esta clase de acciones, nacidas del contrato de trabajo. De ahí que la Corte prohije los argumentos de los falladores de instancia, que a la letra dicen:

"A esta demanda se le dio la tramitación del juicio ordinario de mayor cuantía. El juzgado observa que esa tramitación no es la que corresponde a la índole de la demanda que le dio impulso, conforme a las propias manifestaciones que en el libelo se encuentran. Efectivamente, Echeverría llanamente pide el pago de su jornal o de su sueldo correspondiente a veinticinco años, lo que poco. Esa conclusión resulta clara de la simple lectura de la demanda. Nada hay en ella que no sea un medio para obtener una condenación del demandado, al pago de veinticinco años de servicios a razón de un peso diario".

"El legislador dictó la Ley 45 de 1939, 'por la cual se establece una jurisdicción especial en las controversias que se suscitan sobre algunas leyes sociales'. El artículo 1º de esta ley dice textualmente: 'Las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes del trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida obligatorios, **jornales de trabajo** y descanso domincal, se tramitan de conformidad con el procedimiento señalado en el Título cuarenta y seis (XLVI) del Libro segundo (II) de la Ley 105 de 1931, siempre que la solución de dichas controversias no esté contemplada en un contrato colectivo escrito'.

"Nadie ignora que la ley aplicable en materia procesal es la vigente en el momento de iniciar el juicio. Por consiguiente, esa ley será la que regula el procedimiento que debe seguirse cuando se trata de una acción encaminada al reconocimietno y pago de jornales o sueldos. Actualmente, ninguna duda puede existir respecto al empleo del procedimiento del juicio ordinario: de conformidad con el artículo 734 del C. J., el juicio ordinario es el propio para ventilar todas aquellas controversias para las cuales la ley no haya señalado un procedimiento especial o sumario.

"Siendo el procedimiento materia de orden público, ni las partes ni el juez, pueden dar a una demanda, distinta tramitación de la ordenada por la ley procesal. Ahora bien, en el presente caso, a pesar de ser la tramitación reglamentada en el Título XLVI del Libro II del C. J. la procedente, se siguió la del juicio ordinario. Por consiguiente, el Juez, que advierte ese error procesal, no puede dictar fallo sobre el fondo propiamente tal, que es la consecuencia natural de la demanda y del procedimiento empleado para que se pueda producir la actuación de la ley, ya sea ésta favorable o desfavorable al demandante".

"Se advierte así, que se justifica plenamente la excepción que nuestra jurisprudencia ha llamado 'petición de modo indebido', que es perentoria temporal; o sea, que no afecta el fondo de la acción pero sí sus proyecciones procesales".

D.—Por disposición expresa del artículo 1.213 del C. J. los fallos que profiera un Tribunal en el juicio verbal, que ha debido seguirse en este caso, no están sujetos al recurso de casación. La admisibilidad del recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma y en la solución de este punto va envuelta, como lo ha dicho esta Sala, una cuestión de jurisdicción, puesto que al tenor de la disposición contenida en el artículo 148 del C. J. usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin haberla adquirido legalmente. Este principio de que la simple tramitación equivocada no desnaturaliza la índole legal de la sentencia, para los efectos del recurso de casación, ha sido norma de doctrina de esta Sala. (G. J. Tomo XLIX, pág. 504).

En sentencia de 23 de septiembre de 1937 se dijo: "Y no porque el Tribunal acogiese en la apelación las normas procesales peculiares del juicio ordinario, la acción de especial conviértese en ordinaria, en fuerza de que lo que caracteriza la acción, adjetivamente considerada, no es el procedimbiento 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 del juicio especial, está fuera del alcance del recurso de casación a que se le quiere someter. (G. J. Tomo XLV, pág. 747).

Por virtud de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, declara inadmisible, por falta de jurisdicción, el recurso de casación interpuesto en este pleito contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de agosto de 1944.

Notifíquese, y al tenor del artículo 529 del C. J. devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

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

ACCION REIVINDICATORIA — HECHOS DE LA DEMANDA — ACTA DE REMATE. BUENA FE

1.—De manera reiterada ha sentado la Corte la doctrina de derecho procesal de que los fallos judiciales, en virtud del lazo de instancia que delimita y restringe las funciones del fallador, no pueden apoyarse sino en los hechos alegados en la demanda o presentados en la contestación por el demandado, que aparezcan debidamente demostrados en el debate probatorio.

2.—El acta de remate, con su auto aprobatorio y su registro, constituye título legal de dominio que se equipara a escritura pública, al tenor del artículo 1.072 del anterior Código Judicial y 1.052 del nuevo. La forma procedente en este caso de cancelar el registro del remate judicial, como acto traslaticio de dominio, sería una sentencia de nulidad del mismo, proferida en juicio ordinario; y en tanto que esa decisión de fondo y definitiva no se haya pronunciado y adquirido la fuerza y autoridad de cosa juzgada, continúa siendo justo título que ampara al rematador. A esto se agrega que el artículo 1.030 del C. J. estatuye que la sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan 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.

3.—La buena fe es fenómeno psíquico que se presume mientras no se aduzcan pruebas fehacientes que la desvirtúen.

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes:

1º Por escritura número 119, de 6 de febrero de 1918, pasada en la Notaría Cuarta de esta ciudad, Luis G. Páez compró a Luis A. Garzón "dos lotes de terreno situados en el barrio obrero de Chapinero, hoy Rafael Uribe Uribe, marcados en el plano respectivo con los números 189 y 190, que miden, el primero, ocho metros de frente por treinta y cuatro metros cuarenta y ocho centímetros de fondo, lo que da un área de 426 varas cuadradas, y el segundo, ocho metros de frente por treinta y cuatro metros veinticuatro centímetros de fondo, lo que da un área de cuatrocientas veintiseis varas cuadradas, los cuales lotes lindan en conjunto así: "Por el sur o sea el frente, con la calle 66; por el oriente, con el lote número 188 de propiedad de Alberto González Cooding; por el norte, con el lote número 175 de propiedad de José Pedraza; y por el occidente, con el lote número 191 de propiedad de Ignacio González G."

Los lotes según la escritura fueron entregados en posesión al comprador.

2º Por escritura número 1575 de 25 de mayo de 1920, pasada ante el Notario Primero de Bogotá, Delfín Restrepo, obrando en calidad de actual Síndico del Instituto Homeopático "Luis G. Páez", cargo que le fue conferido por el finado doctor Luis G. Páez en su testamento otorgado por escritura número 855 de 14 de agosto de 1918 ante el Notario Cuarto de Bogotá, adicionado por el instrumento número 1303 otorgado en la Notaría Primera el 11 de junio de 1919, transfirió en venta a Nicolás Muñoz "dos lotes de terreno situados en el barrio de Chapinero de esta ciudad, en la fracción llamada Rafael Uribe Uribe, marcados en el respectivo plano con los números 189 y 190 que mide el primero ocho metros de frente por 34 metros 48 centímetros de fondo y el segundo ocho metros de frente por 34 metros 24 centímetros de fondo y alinderados en un solo globo, así: "Por el sur, o sea el frente, por la calle 66; por el oriente, con el lote número 188 de propiedad de Alberto González Gooding; por el norte, con el lote número 175 de José Pedraza P., y por el occidente, con el lote número 191 de propiedad de Ignacio González G."

Se advirtió que estos lotes los hubo el doctor Luis G. Páez por compra a Luis A. Garzón, que tales lotes hacen parte de los bienes dejados por

el doctor Páez al Instituto Homeopático que lleva su nombre y que se entregaron al comprador.

3º Por escritura número 275 de 10 de marzo de 1923 de la Notaría Quinta de Bogotá, registrada el 17 de julio del mismo año, Nicolás Muñoz vendió a Mercedes Castillo los dos lotes que había comprado a Delfín Restrepo en su carácter de Síndico del Instituto Homeopático "Luis G. Páez", advirtiendo que en dichos lotes construyó el vendedor a sus expensas una casa baja de adobe y teja la cual queda incluída en la venta.

4º Por escritura número 276 de 10 de marzo de 1923 pasada ante el Notario Quinto de esta ciudad, registrada el 4 de agosto del mismo año, Mercedes Castillo vendió a los menores María Dolores, Ernesto y Mercedes Muñoz, representados por su padre Nicolás Muñoz, los dos lotes comprados a éste por la escritura antes citada, junto con la casa edificada en ellos, habiendo entregado materialmente la finca a los compradores.

5º Por escritura número 1450 de 18 de agosto de 1925 pasada ante el Notario Tercero de Bogotá, registrada el 21 de dicho mes y año, Nicolás Muñoz se constituyó deudor de Alcides González por la cantidad de mil pesos e intereses y para garantizar el referido mutuo hipotecó al acreedor los dos lotes de terreno y la casa en ellos edificada que había comprado para sus hijos.

6º González inició la demanda ejecutiva con acción real contra los menores Muñoz como actuales poseedores de la finca hipotecada y luego cedió el crédito a Victorino Monroy R. previo permiso del Juzgado del conocimiento.

7º Monroy continuó adelantando el juicio y el 21 de mayo de 1927 se efectuó el remate de bienes o sea de los dos lotes embargados, en el cual Monroy hizo postura por cuenta de su crédito y los remató por la suma de dos mil trescientos pesos, habiéndose dado por recibido Nicolás Muñoz del excedente. El remate fue aprobado en auto de 31 de mayo de 1927 que junto con la diligencia fue registrado el 6 de julio del mismo año.

El proceso

Con poder de los señores Abelardo Archila y Luis Convers, como Síndico Tesorero y Vicepresidente en ejercicio del Instituto Homeopático "Luis G. Páez", respectivamente, el doctor Roberto Delgado diciendo ser mayor de edad y de esta vecindad instauró ante el Juzgado 2º de este Circuito demanda ordinaria contra Victorino Monroy, mayor de edad y de esta vecindad, para que con su citación y audiencia se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que pertenece a la sucesión ilíquida del doctor Luis G. Páez y a su heredero universal el Instituto Homeopático "Luis G. Páez", fundación de beneficiencia, la propiedad o dominio pleno de los dos lotes de terreno.

"Segunda. Que se condene al actual poseedor inscrito y material de los lotes que se reivindican, señor Victoriano Monroy a entregar a la sucesión ilíquida del doctor Luis G. Páez y al Instituto Homeopático "Luis G. Páez", como su heredero universal, los lotes de terreno determinados y relacionados en la primera petición de esta demanda, con sus accesorios y anexidades, dentro del plazo que fija la sentencia respectiva.

"Tercera. Que se condene al actual poseedor de los lotes de terreno a que esta demanda se refiere, señor Victorino Monroy, a pagar a la sucesión ilíquida del doctor Luis G. Páez y al Instituto Homeopático "Luis G. Páez", su heredero universal, en esta calidad, los frutos civiles que los dichos lotes de terreno hayan producido o podido producir con mediana inteligencia y actividad a partir de la fecha en que los adquirió y entró en posesión material de ellos, y hasta cuando los entregue materialmente a la parte demandante.

"Cuarta. Que si el demandado señor Victorino Monroy se opone a que se hagan las declaraciones y condenaciones suplicadas en este libelo, se le condena al pago de las costas del juicio".

El demandado se opuso y adujo las excepciones de prescripción adquisitiva ordinaria del dominio y la que denominó "error comunis facit jus".

La primera instancia término con fallo de 28 de octubre del año pasado, cuya parte resolutiva dice en lo pertinente:

"Declárase probada la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio de los bienes a que se refieren las súplicas de la demanda que dio origen a este pleito, y que ha sido alegada por el demandado Victorino Monroy. En consecuencia, se absuelve al demandado de los cargos que se le formulan en dicha demanda. Ofíciese al Registrador del Circuito para la cancelación de la inscripción de la demanda. No se hace condenación en costas".

La sentencia acusada

Apeló el demandante de la providencia anterior y le correspondió fallar la segunda instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien en sentencia de 28 de octubre de 1943 confirmó en todas sus partes la recurrida. Sin costas.

Estima el Tribunal que el demandado comprobó su derecho de dominio con la copia del acta de remate judicial de los lotes en litigio, debidamente registrada, documento que tiene el valor de escritura pública. La posesión regular no interrumpida durante más de diez años por parte del demandado es un hecho no controvertido, sino antes bien afirmado por el demandante. La buena fe que alega el demandado es otro hecho que por presunción legal le favorece mientras no se demuestre lo contrario.

El actor niega esa buena fe y sostiene que el remate es nulo y que la hipoteca que lo originó adolece del mismo vicio. Pero concluye el Tribunal que mientras judicialmente, en juicio ordinario, no se declare la invalidez de la hipoteca, tales actos y contratos conservan su plena validez y el remate constituye título justo adquisitivo del dominio de los inmuebles por parte del demandado. Como quiera que se ha comprobado que ha tenido la posesión regular de los bienes perseguidos durante más de diez años, declara plenamente comprobada la excepción perentoria de prescripción adquisitiva ordinaria del dominio de los referidos lotes por parte de Monroy.

El recurso de casación

Es el caso de estudiar y resolver el recurso de casación que interpuso el apoderado de la parte actora y que funda exclusivamente en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., por estimar que el fallo del Tribunal viola la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea. Presenta cinco cargos contra el fallo de segundo grado, todos ellos tendientes a demostrar, como argumento fundamental, que el sentenciador infringió los preceptos legales señalados por el recurrente, al reconocer al demandado Monroy justo título y buena fe cuando realizó el remate judicial de los inmuebles litigiosos, error manifiesto de hecho y de derecho que lo indujo a considerar probada la excepción perentoria de prescripción adquisitiva ordinaria del dominio de los lotes.

Los cargos formulados pueden sintetizarse así:

1º El Tribunal sentenciador, al estimar como justo título al acta de remate de los lotes en pleito, a favor del demandado Monroy, siendo así que ese remate es nulo, por la nulidad de la hipoteca que le dio origen, incurrió en error de derecho porque aplicó indebidamente el artículo 764 del C. C., al calificar de posesión regular la del demandado; e infringió indirectamente los artículos 303, 1502, 1503, 1504, 2439 y 2443 de la misma obra.

2º Error de hecho, que implica el no haber estudiado las pruebas con que en la segunda instancia se desvirtuaron el justo título y la buena fe, necesarios para la posesión regular y para la prescripción adquisitiva ordinaria del dominio; lo que indujo al Tribunal a darle indebida aplicación a los artículos 2512, 2518 y 2528 del C. C., dejando de aplicar el ordinal 3º del artículo 766 del mismo Código.

3º Por el mismo motivo anterior, de no haber estudiado las pruebas de la segunda instancia, estima igualmente violados los artículos 593, 594, 601, 632, 661, 662, 663, 664 y 665 del C. J.; por aplicación indebida de los artículos 2518, 2528 y 2529 del C. C.; y por haber dejado de aplicar el 766 y 1523 de esa misma codificación.

4º Error de derecho al no darle aplicación al artículo 768 del C. C. y violación directa de los artículos ya citados en el primer cargo, por cuanto Monroy tuvo conocimiento de los vicios de nulidad del remate por causa de la nulidad de la hipoteca, que le quitan la calidad de poseedor de buena fe.

5º Por los mismos conceptos anteriores violó las normas legales insistentemente citadas en los cargos anteriores.

Estudio de los cargos

Considera la Sala de Casación:

A.—De manera reiterada ha sentado esta Corte la doctrina de derecho procesal de que los fallos judiciales, en virtud del lazo de instancia que delimita y restringe las funciones del fallador, no pueden apoyarse sino en los hechos alegados en la demanda o presentados en la contestación por el demandado, que aparezcan debidamente demostrados en el debate probatorio.

Se hace necesario precisar este concepto, que fija los límites de este litigio, porque el actor y

recurrente, con prescindencia de esos elementales principios de técnica jurídico-procesal, viene planteando tanto en las instancias como en este recurso, hechos y cuestiones que no fueron presentados en su demanda y que por su naturaleza son extraños a este debate, en que se ejercita la acción reivindicatoria de dos inmuebles y sólo se somete a la decisión judicial el fenómeno del mejor derecho al dominio de esos bienes.

Bien sabido es que en el ejercicio de la acción directa y principal de dominio la función del juzgador debe limitarse a enfrentar los títulos exhibidos tanto por el actor, como pretenso dómine, como por el demandado, actual poseedor, para de tal comparación decidir la preferencia o prevalencia de unos sobre otros. Si prevalecen los del demandante la acción prospera; si los del del demandado, se le absuelve de la demanda.

Ambos falladores de instancia profirieron sus decisiones en presencia de los hechos básicos expuestos en la demanda como fundamento del derecho de dominio invocado; y en vista de que el demandado exhibía como título de dominio de los inmuebles en pleito un acta de remate judicial verificado en un juicio ejecutivo, en que se persiguió con acción real esos bienes raíces, acta que aparece debidamente otorgada por el juez ejecutor y registrada oportunamente en la oficina respectiva, reconoció como plenamente demostrada la excepción perentoria de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio de los lotes, con fundamento en que habían transcurrido más de diez años de realizado el remate y de que el demandado gozaba de justo título y estaba investido de buena fe, que debía presumirse salvo prueba en contrario. Tales consideraciones jurídicas son, en síntesis, las que expone el Tribunal en su sentencia.

B.—Pero el actor, en su demanda de casación, sostiene que el demandado no puede adquirir por usucapión, porque carece de justo título y de buena fe. Alega que el acta de remate no es justo título debido a que tal acto civil, como contrato de compraventa, es nulo a causa de que la hipoteca que originó el remate es igualmente nula. Y asevera que el contrato hipotecario carece de validez, porque se hipotecó cosa ajena, dado que el deudor Nicolás Muñoz no era dueño de los dos lotes hipotecados y luego rematados, sino sus hijos menores impúberes; y que los gravó para avalar una obligación personal suya. Hace largas exposiciones en su alegato de casación para demostrar por qué el contrato de hipoteca es nulo; por qué el remate de los lotes, como acto civil de compraventa, también es nulo por ese mismo vicio de origen y termina sosteniendo que por esas circunstancias el demandado Monroy carece de justo título y de buena fe.

Es de rigor concluír que todas esas cuestiones relacionadas con la validez de la hipoteca y nulidad del remate son extrañas a este debate y no fueron planteadas por el actor en su demanda. El demandado exhibió como título adquisitivo de dominio el acta de remate, debidamente registrada; ha evidenciado que tiene la posesión material e inscrita de esos bienes, desde hace más de diez años; luego hizo bien el sentenciador en reconocer la existencia de la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria.

Ahora bien: si el actor pretende que ese título adolece de un vicio congénito, porque los menores Muñoz no eran deudores del crédito que sirvió de título ejecutivo contra ellos; si Muñoz no era dueño de los lotes hipotecados y luego rematados, en la fecha del préstamo que reza la escritura número 1450 de 1925; si se hipotecaron bienes de menores sin licencia judicial, esos hechos alegados ahora en casación serían propios y aptos para fundar la acción de nulidad del contrato hipotecario, en juicio ordinario separado; y para suplicar, como consecuencia, la nulidad del remate de los bienes gravados de esa manera. Fuera de esa hipótesis, el acta de remate, con su auto aprobatorio y su registro, constituye un título legal de dominio que se equipara a escritura pública, al tenor del art. 1072 del antiguo Código Judicial, vigente a la fecha de la subasta, y del artículo 1052 de la Ley 105 de 1931. La forma procedente en este caso de cancelar el registro del remate judicial, como acto traslaticio de dominio, sería una sentencia de nulidad del msimo, proferida en juicio ordinario; y en tanto que esa decisión de fondo y definitiva no se haya pronunciado y adquirido la fuerza y autoridad de cosa juzgada continúa siendo justo título que ampara al rematador.

De lo expuesto fluye la conclusión de que la subasta judicial efectuada es perfecta hasta ahora y conserva su validez de acto y de contrato. El crédito nacido del mutuo, que consta en la escritura número 1450, estuvo bien solucionado con el

producto del remate, de manera que para destruír esa situación creada legalmente, por ministerio de la justicia, es de rigor obtener, ante todo, la declaratoria de nulidad de la hipoteca y luego pedir expresamente y obtener la revisión de los fallos proferidos en el juicio especial de venta del bien hipotecado para, como consecuencia, alcanzar también la declaración judicial de nulidad del remate y la restitutción del bien.

Puede agregarse a lo antes dicho que el artículo 1030 del C. J. estatuye que la sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan 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. (G. J. Tomo LVI, pág. 143).

C.—El segundo cargo se endereza contra el fallo acusado por cuanto aceptó la buena fe del demandado al hacer el remate y da por demostrado este elemento, como fundamento de la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria del dominio.

Conviene advertir, en primer lugar, que la buena fe es fenómeno psíquico que se presume mientras no se aduzcan pruebas fehacientes que la desvirtúen. Sostiene el actor que Monroy tenía conocimiento de vicios en la titulación, porque estaba informado de que los inmuebles pertenecían a los impúberes menores; que debía conocer los preceptos legales que prohiben hipotecar bienes de menores sin licencia judicial, y estaba al tanto de la norma legal que establece que sólo el dueño puede gravar con hipoteca sus propios bienes.

A lo dicho se observa que tales hechos, aun suponiéndolos demostrados y de que fueran pertinentes en el ejercicio de esta acción de dominio, no alcanzan a producir el importante efecto jurídico de destruír la presunción de buena fe que cobija al demandado y que debe reconocerse por el juzgador, mientras no se establezca con la debida plenitud probatoria que Monroy actuó en el juicio especial con toda malicia y con pleno conocimiento de que podían existir hechos que produjeran la nulidad de la hipoteca y la consecuente del remate. Fuera de esa circunstancia, hay que aceptar que lo proteje la presunción contraria y que fue ella la que lo indujo a rematar los inmuebles por cuenta de su crédito.

D.—Es suficiente lo expuesto para concluír que el Tribunal no violó las disposiciones legales en que se fundan los cargos, porque no son aplicables a este litigio, que no tiene como **causa petendi** la nulidad de un contrato y de un acto posterior; y el fallador de segundo grado hizo bien al otorgarle al acta de remate la calidad de justo título, mientras no se obtenga decisión judicial en contra. Igualmente viene presumida la buena fe del demandado al rematar el bien. De manera que son infundados todos los cargos presentados contra el fallo y que se derivan de esas circunstancias.

FALLO:

En mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 28 de octubre de 1943.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Para ser procedente una demanda por indemnización de perjuicios se necesita precisamente la concurrencia de estos elementos: existencia de una obligación, incumplimiento de ella, perjuicio y relación de causalidad entre éste y ese incumplimiento o cumplimiento imperfecto o retardado.

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Federico, Eduardo, Enrique, Elvira, Santiago, Ana y Elena Díaz Ospina, representadas las dos últimas, a la sazón menores, por su padre legítimo Luis Eduardo Díaz, entablaron en junio de 1941 demanda contra la sociedad bancaria en liquidación denominada The Anglo South American Bank Limited, a cuyos representantes se notificó el 20 del subsiguiente agosto, sobre indemnización de perjuicios.

El Juzgado 2º Civil de este Circuito, por ante el cual cursó la primera instancia, la decidió el 25 de febrero de 1943 decretando parcialmente lo demandado en la forma y cuantía que se dirá adelante; apelado ese fallo por la parte demandada, el Tribunal Superior, previa la tramitación del caso, lo confirmó en el de 6 de junio de 1944, contra el cual la misma parte interpuso casación, recurso que, sustanciado debidamente, hoy se decide.

. Antecedentes

Jorge Otero Defrancisco otorgó en esta ciudad el 8 de noviembre de 1930 dos pagarés, por $ 20.000 el uno y $ 8.250 el otro, en favor de Pablo Pardo Durán, quien los entregó en prenda a dicho Banco para asegurarle los $ 15.500 que de éste recibió en mutuo, según documento de 17 de enero de 1931.

El 3 de octubre de 1931 Pardo Durán suscribió un documento en que manifiesta que en verdad no es él el acreedor de Otero por los $ 28.250 ni el deudor del Banco por los $ 15.500 y que todo ello, en los correspondientes derechos y obligaciones, es de los hijos del señor Luis Eduardo Díaz, o sea los demandantes en este pleito ya nombrados aquí. Como cesión se notificó judicialmente a Otero el 9 del mismo octubre esta manifestación de Pardo.

No consta en el proceso y afortunadamente no interesa a su decisión el por qué de estas ficciones, a las que se agregan la de aparecer como causa de las deudas de Otero un mutuo, a pesar de ser el saldo del precio de la parte de la hacienda de "El Tintal" comprada por él a Díaz, según dicen los demandantes, y la de aparecer los $ 15.500 como recibidos por Pardo, a pesar de que, según los demandantes, se aplicaron a cancelar una anterior deuda de Díaz para con el mismo Banco y en el resto a completar el precio de una casa comprada para o por los hijos de Díaz. Se advierte que ninguno de estos detalles ha sido materia de la controversia.

Esta se origina en que los documentos de Otero los recibió el Banco no en dominio sino en prenda, obligándose a que en todo caso el remanente no sería para el Banco sino para el acreedor de Otero, y en que se entendió y arregló con éste y le entregó cancelados sus documentos, con prescindencia de la parte acreedora de Otero, una vez que éste pagó al Banco lo necesario para cancelar la deuda de $ 15.500 con sus accesorios.

El perjuicio que esto causó a los demandantes es lo que forma la sujeta materia del pleito. Lo estiman en la diferencia entre el monto de las dos deudas referidas. Demandan, ya en forma principal, ya subsidiaria, otras prestaciones. El Juzgado decretó lo demandado en el concepto de consistir el perjuicio en tal diferencia y condenó al Banco a pagársela con intereses desde la fecha de su arreglo con Otero. Los demás pedimentos aludidos los negó. El libelo fijó esa diferencia en $ 12.750 al restar de los $ 28.250 los $ 15.500; pero el Juzgado, hallando que este último crédito había ascendido a más por intereses y gastos de cobro, sumó estas partidas y al hacer la resta antedicha, vio que tal diferencia es sólo

de $ 9.455.02 y éste fue el monto de la condena. Como ya se dijo, el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia, de que los demandantes no habían apelado.

Se completa el relato de los antecedentes pertinentes con el de estos hechos: el Banco, que había recibido los documentos a cargo de Otero sólo en prenda y con la firma en blanco de Pardo, como es de costumbre para las gestiones de cobro que puedan sobrevenir, antepuso a esa firma una nota en que Pardo aparece ordenando pagar al Banco "por valor recibido"; sobre este pie ejecutó el Banco a Otero, y al mismo tiempo separadamente ejecutó a Pardo con el documento por los $ 15.500. En estos hechos vio Luis Eduardo Díaz una conducta indebida del Banco y lo denunció criminalmente por estafa y abuso de confianza el 31 de octubre de 1932. El 11 del subsiguiente noviembre el Banco dirigió a Díaz una carta en cuya virtud éste, sintiéndose tranquilo y ya asegurado, pidió que cesara la actuación criminal adelantada por su denuncia.

Esa carta dice: "....Por medio de la presente nos permitimos confirmar el arreglo verbal celebrado entre usted y nuestro abogado doctor Camilo de Brigard Silva sobre los pagarés a cargo del señor Otero Defrancisco por la suma de $ 20.000 y $ 8.250 que actualmente garantizan la obligación suscrita a favor de este Banco por el señor Pablo E. Pardo Durán por la suma de $ 15.500 y que actualmente se cobra ejecutivamente en el Juzgado 7º del Circuito de esta ciudad. Para el caso de que este Banco remate en la Bolsa de Bogotá los pagarés a cargo del señor Otero Defrancisco, se compromete a reconocer como de la exclusiva propiedad de usted el remanente que quede, una vez cubierta la obligación del señor Pardo Durán a que hemos hecho referencia arriba, los intereses pendientes de ella hasta la fecha de su cancelación y cualquiera otro gasto en que incurra el Banco por razón del cobro de ese pagaré. También, desde luego siempre que el Banco remate los pagarés citados, nos comprometemos a que si mediante un arreglo con el deudor Otero Defrancisco éste asegura a nuestra satisfacción el pago de la obligación del señor Pardo Durán, autorizará a usted para que se entienda directamente con el señor Otero sobre el arreglo del remate..."

La denuncia de Díaz había impedido el remate en la Bolsa, para el cual no hubo ya inconveniente por obra de la manifestación de Díaz al recibir esta carta. El remate se adjudicó al Banco. Este se entendió con Otero de quien recibió lo necesario para cubrir el crédito de Pardo, y le entregó a Otero sus documentos con nota de cancelación que en uno y otro dice: "Cancelamos nuestros derechos en este pagaré, en virtud del acuerdo celebrado con Jorge Otero Defrancisco y María Liévano de Otero en veintisiete de mayo de mil novecientos treinta y tres...".

Se advierte que en la inspección ocular practicada como prueba de primera instancia en los libros del Banco la fecha de los pagos o, mejor, del convenio a que alude esa nota de cancelación es 25 de marzo de 1933 (Cuaderno 2º, folio 30). De ahí, que éste sea el día inicial de los intereses a cuyo pago condenó el fallo de instancia.

Juzgado y Tribunal deducen la condenación que pronuncian, tanto de los hechos que quedan relatados, cuanto del concepto de ser culposa la conducta del Banco por haber faltado a su obligación de dejar a salvo para los acreedores de Otero el remanente, pues no sólo los privó de los documentos entregándoselos a Otero, sino que con esta entrega y nota de cancelación armó a Otero con una defensa decisiva contra cualquiera acción que contra él hubieran intentado. De ahí el concepto de perjuicio y la estimación antedicha de su cuantía.

El recurso

El recurrente acusa de violación, por indebidamente interpretados y aplicados, de los artículos 1608, 1613 y 1614 del C. C., así:

Para ser procedente una demanda por indemnización de perjuicios se necesita precisamente la concurrencia de estos elementos: existencia de una obligación, incumplimiento de ella, perjuicio y relación de causalidad entre éste y ese incumplimiento o cumplimiento imperfecto o retardado.

Según el recurrente, el Banco no asumió la obligación de responder por Otero ni se comprometió a que el pago de éste fuese efectivo y total. Se obligó sólo a no tomar de lo que Otero pagase sino la parte necesaria para cancelar los $ 15.500 de la deuda de Pardo con sus accesorios. Y como no alcanzó lo pagado por Otero a cubrir esta deuda en su totalidad, no hubo lugar siquiera a que faltara a esa su única obligación. Completa su argumentación observando que habría faltado, si se hubiese apropiado sumas pagadas

por Otero que excediesen al monto de la deuda contraída por Pardo, lo que no sucedió ni los demandantes afirman ni sugieren.

El recurrente niega que haya habido perjuicio, porque Otero cayó en insolvencia, en forma de no alcanzar a pagar sino lo que entregó al Banco, que fue inferior al crédito garantizado con los documentos; de suerte que nada habrían obtenido los demandantes aunque se los hubiera devuelto el Banco. El perjuicio de que se quejan no es, pues obra del Banco sino de la insolvencia del deudor. Agrega que hasta la tardanza en incoar este pleito está indicando que los demandantes, persuadidos de tal insolvencia, se guardaron de gestión contra Otero y prefieron designar como deudor a una entidad responsable.

De otro lado, no se señaló plazo para la obligación contraída por el Banco en la carta de 11 de noviembre, ni se le ha requerido, sin embargo de lo cual se le ha reputado en mora.

El razonamiento así resumido del recurrente condensa sus cargos de violación de dichas disposiciones legales, a los que llega no sin formular, por otra parte, el de error en la apreciación de las pruebas, que son las ya citadas aquí y el remate hecho en la Bolsa, sobre el cual arguye que, comprobando la adquisición del dominio de los créditos de Otero por el Banco, se cambió su papel inicial de mandatario para el cobro por el de dueño y acreedor.

Se considera:

A primera vista parece fundado el reclamo del recurrente, cuya demanda de casación es loable por la claridad de exposición y la lógica que guarda entre sus premisas y sus conclusiones. Un examen atento de lo acontecido hace inaceptables esas premisas.

Haya lo que hubiere sobre fuente de la obligación, sea por resto de precio de una compraventa o por préstamo o por cualquiera otra causa, y reconózcase o no la ventaja de que el responsable de un cargo o deuda sea una entidad solvente, ello es que los demandantes quedaron en incapacidad de cobrar la diferencia entre el valor de los créditos dados en prenda y el de la deuda asegurada con esta caución. Basta enunciar este hecho para reconocer que sufrieron perjuicio y que, por ende, no se justifica la acusación que el recurrente formula al decir que el Tribunal procedió sobre la base de haberse producido un perjuicio sin que éste exista o esté comprobado.

Esa incapacidad surge de la entrega de los documentos al deudor Otero obtenida por él en virtud de arreglo de él con el Banco. Ese arreglo que todo indica consistió en alguna rebaja o en admisión de precio favorable para documentos dados en parte de pago, fue una manera de extinguir la obligación del deudor Otero, quien agregó a ese fin definitivo pagos en dinero al Banco. Para él el Banco era su acreedor, era el dueño del crédito, no sólo porque ambos documentos aparecían del Banco "por valor recibido", acerca de lo cual Otero opuso objeciones en un tiempo, sino por el remate que el Banco hizo más tarde, respecto del cual Otero no tenía por qué hacer salvedad alguna. Además, si a pesar de todo esto cupiera duda, la disiparía el artículo 1634 del C. C.

La carta de 11 de noviembre carece de fuerza probatoria para con Otero. En los mismos instrumentos públicos se distingue al respecto entre otorgantes y terceros. (C. C. Artículos 1759 y 1766).

Desde otro punto de vista es de tenerse en cuenta el alcance del remate y de las notas de cancelación, a saber: dice el recurrente que éstas hablan sólo de los derechos del Banco, circunstancia en que ve una salvedad en favor de Díaz, a fin de sostener el recurrente que la cancelación escrita en esa forma y la devolución de los documentos a Otero no libró a éste para con Díaz. Esta argumentación es inadmisible, puesto que por lo antedicho el Banco era ante Otero el dueño del crédito; de suerte que al decir el Banco que cancelaba sus derechos, no podía entenderse que hubiera una cancelación parcial y limitada y que dejara a salvo otros derechos, en manera alguna mencionados o aludidos siquiera en las notas.

Desarmado Díaz y provisto Otero de una cancelación cuyo alcance acaba de verse, era de todo punto inoficioso para aquél cualquiera gestión contra éste, la que extrajudicialmente o judicialmente estaba destinada a un fracaso seguro en cuanto Otero respondiese exhibiendo en sus manos los documentos cancelados como se ha visto.

Lo dicho indica cómo no es de echarse menos el requerimiento que el recurrente estima necesario para que el Banco se repute en mora en su obligación con Díaz, ni es de echarse menos tampoco la demostración de que éste acudiera al Banco solicitándole lo pusiera en capacidad de exigir a Otero el remanente en cuestión.

Acerca de la mala situación pecuniaria de Otero en esa época trajo pruebas al Tribunal la parte demandada; pero, a más de que la insolvencia no es un estado económico permanente e inmutable, consideración que bastaría para no aceptar con esas pruebas el concepto del recurrente sobre falta de perjuicio, no deja de verse que en la ejecución del Banco contra Otero hubo embargo de bienes. El juzgador no puede afirmar a ciegas las posibilidades de pago por Otero a Díaz; sin embargo, se anota que aquél había comprado todo "El Tintal" y que la sola cuota de Díaz en esta hacienda valía más que dicho remanente. Se advierte, eso sí, que no consta que Otero conservara el dominio de esa finca, y se repite lo que acaba de decirse sobre que, aunque se hubiese demostrado insolvencia de Otero en la aludida época, no podría deducirse de ahí que indefinidamente habría permanecido en incapacidad de pagar.

En suma, se tiene de un lado una obligación pura y simple de pagar una cantidad líquida en fecha precisa y la imposibilidad del acreedor de hacerla efectiva y hasta de intentar su cobro por la entrega de los documentos con sus notas de cancelación, y de otro lado, una conjetura más o menos fundada, pero sólo conjetura, sobre ineficacia de tal derecho, aunque no mediasen la entrega y cancelación referidas.

En estas circunstancias no puede decirse que el Tribunal haya incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos en la estimación de las pruebas porque se abstuviera de acompañar a la parte demandada en su antedicha conjetura.

La queja de los demandantes no necesita para prosperar la demostración de algo que de todos modos sería hipotético, a saber: que si el Banco hubiera anotado los documentos en la forma veráz y prudente aquí insinuada, que era la que correspondía a la obligación que al respecto asumió, y entregádolos a Díaz, como también era deber suyo, precisamente éste o sus sucesores en el crédito lo habrían hecho efectivo hasta el último centavo. Bien se ve que sería absurdo exigir semejante comprobación como requisito para reconocer que el Banco faltó a su compromiso.

Y este lo han demostrado los demandantes al establecer en qué calidad recibió el Banco los documentos de Otero y a qué se obligó para el evento de rematarlos y cuál, de otro lado, fue su conducta en lo que mira a la guarda y reserva prometida por él a Díaz sobre el remanente.

Basta considerar un argumento respecto de éste, consistente en que el recurrente sugiere duda sobre el alcance de esta palabra, esto es, si designa la diferencia entre lo que pagara Otero y lo que valiera con accesorios el documento de los $ 15.500, o si es la diferencia entre lo pagado por Otero y el valor nominal de sus dos obligaciones. Dados los antecedentes y, sobre todo, las expresiones de la carta, así como la razón misma de la entrega de los documentos al Banco, es evidente que la carta al hablar de **remanente** en favor de Díaz, se refiere a lo que por tal entendieron Tribunal y Juzgado. No es aceptable, pues, el argumento de que, no habiendo pagado Otero ni siquiera con qué cancelar el documento por los $ 15.500, no hubo, como atrás se dijo, ni lugar siquiera a que el Banco cumpliese una obligación que carecía de objeto, porque su sujeta materia era contingente y no llegó a existir.

Lo dicho hasta aquí demuestra la legalidad del fallo que, hallando comprobada la obligación del Banco y su incumplimiento, así como el perjuicio sufrido consecuencialmente por los demandantes, decretó la indemnización demandada y señaló como monto de ella la suma resultante de la diferencia aquí discriminada entre el valor de los documentos de Otero y el del crédito asegurado con su prenda, más los intereses de aquella suma desde el último pago de Otero al Banco y el arreglo entre estos dos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el seis de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.) **Hernán Salamanca—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca)

Sin necesidad de hacer el recuento de la remota titularidad del dominio del inmueble contestado en este litigio, pormenorizadamente aludida en los hechos de la demanda, basta recordar, como antecedentes de la controversia y en vista de los instrumentos correspondientes, que María de la Paz García fue condueña de la finca de "Guabinero", ubicada en jurisdicción del Municipio de La Victoria, en la tercera parte del condominio indiviso con Manuel de Jesús Gil y Mercedes Esquivel viuda de Gil, adquirido en parte por adjudicación que se le hizo en la sucesión de su primer marido Manuel Alvarez Aponte, y en parte por herencia de su padre Ramón García Potes.

Muerta María de la Paz García (febrero de 1932) y en curso su juicio sucesorio, Gentil Pérez U. en su condición de cónyuge supérstite, y Manuel Alvarez García como heredero único de ella, por medio de la escritura pública número 72, de 20 de marzo de 1932, otorgada en la Notaría de Tuluá, hicieron el inventario y avalúo de los bienes sociales como de los de propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges y verificaron la partición correspondiente, asignándole en ella a Gentil Pérez U., en propiedad, la tercera parte del predio rural de "Guabinero".

Posteriormente, en el juicio sucesoral de María de la Paz García seguido en el Juzgado 2º del Circuito de Roldanillo, como consta en la escritura pública número 333 de 16 de diciembre de 1937, de la Notaría de Roldanillo, bajo la cual se protocolizó el expediente del juicio sucesorio, se le adjudicó a Gentil Pérez U. en su hijuela respectiva, lo mismo que ya había sido hecho en la precitada partición extrajudicial, la misma tercera parte de la finca de "Guabinero".

En el año de 1935, el 21 de diciembre, como consta en la escritura número 243, de la Notaría de La Victoria, Gentil Pérez U., Manuel J. Gil y Mercedes Esquivel v. de Gil, como únicos dueños en común del "Guabinero", lo dividieron convencionalmente, adjudicando a Gentil Pérez de acuerdo con sus derechos, dos lotes: uno en la parte baja de la heredad y otro en la parte alta con sus alinderaciones correspondientes. En esta partición, según se dejó expresamente consignado en las cláusulas 4ª y 7ª del instrumento público, se dejó "un lote de terreno no ocupado por ninguno de los tres únicos condueños", alinderado especialmente "que sirve para prevenir el caso de que se haya adjudicado a alguno de los condueños menos de sus derechos, pues que en tal caso se adjudicará al perjudicado con esta partición lo que le faltare, en ese lote no ocupado, y si hubiere excedente, se dividirá entre los condueños, en proporción a sus respectivos derechos".

Los mismos otorgantes del precitado instrumento, condueños del lote referido, otorgaron la escritura número 17 en la Notaría de La Victoria, el 19 de enero de 1939, y en ella dijeron: "Que para los efectos de este contrato de división material de bienes comunes, todos los otorgantes, de común acuerdo, han trazado una línea con dos rumbos, así: el uno, de la puerta que tiene Gil E. en el camino que conduce de Pan de Azúcar a Zarzal, a orillas de la quebrada de Agua Bonita o Agua Clara, que va hacia el cerro de Pan de Azúcar, con un rumbo de S. 7141 E., o sea dividiendo las mejoras de David Mazuera y otros, quedando la casa de Mazuera en la parte Norte, con una distancia de 1.648 metros; y otra línea, de la puerta dicha, hacia el occidente, con un rumbo de N. 6.706 W., en una distancia de 1.150 metros con 40 centímetros, dividiendo los lotes de mejoras de Francisco Arenas, José Espinosa, y otros hasta encontrar el límite con el lote ocupado hoy por don Tomás Robledo. Que en su condición de únicos dueños del lote de terreno antes descrito, han convenido los otorgantes en dividirlo materialmente, quedando cada uno de ellos dueño exclusivo de la parte que le corresponda, conforme a la siguiente partición... Lote número 2 para don Gentil Pérez U. El compren-

dido al Sur del lote anterior (el de Mercedes Esquivel de Gil), y encerrado dentro de los siguientes linderos: por el norte, con la línea trazada y antes descrita; por el oriente, con el cerro de Pan de Azúcar; por el sur, con la quebrada La Honda; y por el occidente, con el lote ocupado hoy por el citado señor don Tomás Robledo".

Afirmando Gentil Pérez que el lote preindicado, que le correspondió en la última partición, ha sido ocupado por multitud de colonos, entre ellos, por Jesús Arango que ha ocupado una parcela con mejoras de pastos, caña, plátano, yuca, café, casa de habitación, etc., por medio de libelo de fecha 11 de diciembre de 1941 y ante el Juzgado Civil del Circuito de Cartago, lo demandó en juicio ordinario de reivindicación para que se le condenara a restituírle, como a dueño exclusivo de él, el lote poseído por el demandado, con sus frutos naturales y civiles, y a pagarle las costas judiciales si se opusiere a la demanda. Alindera así el actor el lote de que sin título alguno, a su decir, goza Jesús Arango: "Por el norte, con propiedad de Jesús Montoya, José E. y Eloísa Beltrán; por el oriente, mejoras de Francisco Arenas, Nacianceno Vargas y Julio López; por el sur, mejoras de Julio López, Santiago Jiménez y la quebrada de La Honda; y por el occidente, la quebrada de La Honda y finca de Jesús Montoya".

Corrido el traslado legal de la demanda, el demandado se opuso a las pretensiones del actor, manifestando que él no posee terreno alguno perteneciente al demandante o comprendido dentro de su finca "Guabinero", cuya posesión jamás le ha perturbado; que el lote que él ocupa y posee como dueño en jurisdicción del Distrito de La Victoria, en tierras que jamás han salido del dominio de la Nación, lo adquirió por compra a Cenón Bahena, según escritura 83 otorgada en la Notaría del Zarzal el 7 de mayo de 1937, terrenos éstos que fueron ocupados por cultivadores desde hace más de 30 años y que han ido pasando de dominio hasta llegar a él, según los títulos que cita y que acompañó a su contestación de la demanda. Propuso las excepciones perentorias de prescripción ordinaria, extraordinaria y la especial del artículo 12 de la Ley 200 de 1936 con fundamento en que ha estado en quieta posesión de su lote por más de cinco años, considerándolo, como rezan sus títulos de adquisición, de buena fe, terrenos baldíos o de dominio público.

Trabada sobre estas bases la litis y agotada la tramitación de la instancia, el Juzgado del conocimiento, en sentencia de fecha 18 de marzo de 1943 negó la reivindicación demandada y declaró probada la excepción perentoria de prescripción adquisitiva del demandado con base en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, declarando, en consecuencia, a Jesús Arango, dueño del lote alinderado en la demanda. Sin costas.

Sentencia acusada

Llevado el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga por apelación que la parte actora interpuso contra la sentencia del Juzgado del Circuito, fue decidido, al cabo de los trámites del segundo grado, en sentencia definitiva del 24 de marzo de 1944, en la cual fue revocado el fallo recurrido para decir en cambio y simplemente: "Absuélvese al demando de los cargos de la demanda". También sin costas.

Esta sentencia, coincidente en la absolución que llevaba la apelada, se funda, sin embargo, en motivos distintos, porque consideró el Tribunal que a pesar de ser acertadas las bases probatorias de la prescripción declarada, no había lugar al estudio de la excepción por no haber acreditado el demandante los elementos de su acción de dominio, y donde no hay acción no puede existir la excepción.

Estimó el Tribunal que el actor no probó ser dueño de lo que reivindica porque la escritura pública número 72, del 20 de marzo de 1932, de la Notaría de Tuluá, en que le fue adjudicada la tercera parte de "Guabinero" en partición convencional con Manuel Alvarez García y que es el título con el que luego compareció a verificar con los otros comuneros Manuel Gil y Mercedes Esquivel de Gil la división material del predio aludido, división en la cual le correspondió a Pérez U. el lote dentro del cual afirma que está comprendido el que le detenta el demandado Arango, no puede ser tenida como prueba por no aparecer debidamente registrada, pues solamente lo fue en el libro 1º y no en el de Causas Mortuorias como correspondía legalmente a un instrumento originado en juicio mortuorio.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia recurrió en casación el apoderado de la parte demandante, quien apoya su recurso en la

causal 1ª del artículo 520 del C. J. y formula contra ella el siguiente cargo por violación indirecta de ley sustantiva:

Quebrantó el Tribunal los artículos 740, 756, 779, 940, 947 y 950 del C. C. como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió al apreciar la escritura número 72, otorgada en la Notaría de Tuluá el 20 de marzo de 1932 y al no apreciar la hijuela de adjudicación expedida a favor de Gentil Pérez en el sucesorio de su esposa María de la Paz García, negando por esto valor a la escritura número 17 del 19 de enero de 1939, siendo, como es, que la adquisición de la tercera parte del condominio indiviso de "Guabinero" de que es dueño el actor es cosa incuestionable como efecto de la partición verificada en el juicio sucesoral a que se ha hecho referencia.

Se considera el cargo.

Al resumir el fallo acusado se vio que la decisión absolutoria del Tribunal se fundó en la crencia de que el actor Pérez U. procedió a verificar la partición convencional que consta en la escritura número 17 del 19 de enero de 1939 teniendo como título de su derecho de comunero la convención que recoge la escritura número 72 de 20 de marzo de 1932, y como este instrumento adolece de ilegalidad en su registro, no podía tenerse como prueba de su propiedad, de donde dedujo la falta de uno de los elementos esenciales para la prosperidad de la acción reivindicatoria.

Al folio 51 y siguientes del Cuaderno de Pruebas del demandante obra la hijuela de adjudicación a Gentil Pérez en la sucesión de María de la Paz García, bajo la escritura número 333 del 16 de diciembre de 1937 con que fue protocolizado su juicio sucesorio. En tal instrumento se lee:

"Señor Juez 2º de este Circuito. — Nosotros, Gentil Pérez y Manuel Alvarez G., mayores de edad y vecinos de este municipio, a usted atentamente decimos: a virtud de autorización dada por ese Juzgado, en auto de 7 del presente mes, procedemos a efectuar la liquidación de la sociedad conyugal formada entre el primero de los peticionarios y la señora María de la Paz García, y consiguiente distribución de los bienes que integran tanto el haber social como el patrimonio exclusivo de la extinta, a quien representa, como asignatario único el segundo de los peticionarios. En escritura número 72 otorgada en la Notaría de Tuluá, con fecha 20 de marzo de 1932, quedó asignada la forma de participación de los bienes, pero hoy, para dar cumplimiento a la ley, procedemos a formar las hijuelas, ya que el valor fijado por el perito fué inferior al que entonces acordamos nosotros, pero en el fondo, las especies indicadas en cada instrumento son las mismas, como destinadas a cada uno de los interesados. ..... HIJUELA A FAVOR DEL SEÑOR GENTIL PEREZ U. Para pagarle los $ 39.100 oro que según acumulación le corresponden, se le adjudica el dominio de los siguientes bienes:.... El predio rústico denominado "Guabinero", en jurisdicción del Municipio de La Victoria, compuesto de potreros de pasto pará y común, bosques, casa de habitación, todo en el terreno que ocupan, pues le corresponde la tercera parte del globo general, debido a que las otras dos terceras partes pertenecen a los señores Manuel de Jesús Gil y Mercedes Esquivel v. de Gil...".

Este instrumento, al que la demanda se refiere especialmente en el hecho 18º y que el sentenciador no tuvo en cuenta en el estudio probatorio de su sentencia, inscrito en el registro público en la forma que determina la ley, pone a la vista la evidente equivocación en que incurrió el Tribunal al desconocer la calidad de dueño de un tercio del "Guabinero" en condominio indiviso que correspondía al demandante el día en que, en acuerdo con los otros dos comuneros, procedieron a dividir materialmente el predio común, en la forma en que lo hicieron en la escritura número 17, y en la cual se le adjudicó al actor Pérez el lote que en su demanda afirma que encierra el que posee el demandado Arango, equivocación a que lo condujo la circunstancia de no haber tenido en consideración para el efecto sino la escritura número 72, ya varias veces citada, de la cual ha podido prescindirse sin que variara la conclusión de que Gentil Pérez era titular de un tercio del dominio comunal de "Guabinero". La propiedad de la causante María de la Paz García sobre la precitada tercera parte de la finca, aceptada en la sentencia del Tribunal, no ha sido materia de contradicción en el litigio.

Sin embargo, a pesar de ser fundada la acusación por error en la apreciación probatoria que se acaba de ver, no es posible llegar a una solución favorable a las pretensiones del reivindicador, porque al hacer el estudio de la cuestión litigiosa a que da lúgar la prosperidad del cargo y

que la Corte, como Tribunal de instancia, tendría que considerar en su integridad, se impone, después del detenido análisis de las pruebas del proceso, la conformidad con la decisión que puso fin al primer grado del juicio. En efecto; no sin advertir que no es claramente deducible de la diligencia de inspección ocular visible al folio 56 del cuaderno de pruebas del demandante, que el lote reivindicado por Pérez y que se dice poseído por Arango haga parte del lote adjudicado al primero en la segunda división que hizo con Mercedes Esquivel y Manuel Gil, es evidente que aun aceptando, como lo dice la sentencia del Juzgado del Circuito, la titularidad completa del actor, la identidad del bien poseído y la actual posesión del demandado, no puede dejarse de reconocer al decidir en el fondo que está plenamente probada la excepción perentoria de prescripción alegada por el demandado con base en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936.

Exige este precepto que consagró en nuestra legislación una forma especial de prescripción fuera de la extraordinaria y de la ordinaria reglamentadas en el Código Civil, que se prueben las siguientes condiciones para que haya lugar a la adquisición del dominio: que la posesión se ejercite en las condiciones del artículo 1º de la ley, esto es, a base de explotación económica; que exista en el poseedor la creencia fundada de que no hay más dueño del terreno que el Estado, o sea, que se trata de terrenos baldíos; que el globo de terreno del cual forma parte el poseído no haya estado demarcado inconfundiblemente por cerramientos artificiales que muestren el dominio particular; que el terreno materia de la prescripción esté dedicado a cultivos y aprovechado con trabajos agrícolas, industriales o pecuarios y que se ha poseído quieta y pacíficamente durante cinco años continuos, y, finalmente, que el dueño del terreno del cual hace parte el que se pretende prescribir, no es absolutamente incapaz o menor adulto.

Fehacientemente demostrados aparecen en el caso de estudio todos estos requisitos contemplados y exigidos por el citado artículo 12 de la llamada ley de tierras. El demandado Jesús Arango presentó con la contestación de la demanda las siguientes escrituras públicas: la número 362 del 12 de agosto de 1926, pasada ante el notario de Caicedonia, y por medio de la cual Jesús María Isaza y Manuel Pulgarín vendieron a Cenón Baena unas mejoras agrícolas existentes en terrenos de la Nación; la número 26 de 16 de febrero de 1932, en que consta la venta que Consolación Herrera le hizo a Eladio Gutiérrez de unos derechos y acciones en unas mejoras en unos baldíos en el Municipio de La Cañada; la número 96 del 26 de junio de 1932, por la cual Eladio Gutiérrez vendió a Cenón Baena unos derechos herenciales ubicados en el Municipio de La Victoria, otorgada en Caicedonia; la número 98 de 9 de junio de 1936, otorgada en la Notaría del Zarzal, en que consta la venta que Balbino Arredondo hizo a Cenón Baena Restrepo del dominio y posesión de un lote llamado Pan de Azúcar, en jurisdicción del Municipo de La Victoria; y la número 82 de 7 de mayo de 1937 otorgada en el Zarzal por la cual Cenón Baena R. vendió al demandado Arango, ratificada por Zoila Rosa Jaramillo de Baena, por escritura número 77 del 17 de marzo de 1942, el derecho de dominio y plena posesión que tiene en el punto llamado El Oriente, en jurisdicción del Municipio de La Victoria, plantada dicha finca sobre terreno baldío de la Nación.

Numerosos testigos, que declaran por conocimiento personal de esos terrenos en que todos han trabajado desde su desmonte original, aseveran que la reunión o suma de todos los lotes y mejoras a que aluden los precitados títulos forman el lote que el demandado Arango sostiene que es de su exclusiva propiedad. Todos estos testigos, entre otros, Manuel Efraín Rojas, Juan de Dios Pérez Arana, Leopoldo Mejía, Rubén Llanos, Rafael Toro G., Agustín Giraldo, Roberto Llanos, Ramón Elías Jaramillo, Santiago Jiménez, Joaquín Mora y Pedro Piedrahita, afirman en declaraciones rendidas con las formalidades de ley y en el correspondiente término probatorio, que el lote que posee Jesús Arango es el mismo comprado a Cenón Baena, en tierras nacionales; que ha sido cultivado por diversas personas desde hace muchos años, más de veinte, todas distintas de Gentil Pérez U., y diferente de la propiedad de éste llamada "Guabinero"; que cuando comenzaron los cultivos en tal lote eran terrenos incultos y cubiertos de selva virgen, conocidos por todos como baldíos, y que desde entonces todos sus ocupantes, hasta llegar a Arango, han sido reputados como sus verdaderos dueños por todo el vecindario, verificando en ellos cultivos de pasto, cercas, casas de habitación, etc., especialmente Jesús Arango desde el 7 de mayo de 1937 en que lo compró a Cenón Baena y quien continuamente, sin interrupción de nadie ha sos-

tenido en él sus cultivos y ganados.

En el año de 1935 (escritura número 243 de 21 de diciembre), se dejó expresa constancia, entre otros por el demandante Pérez, de que el lote a que en ese instrumento se alude y dentro del cual se pretende encerrado el poseído por Jesús Arango, no estaba ocupado por ninguno de los comuneros. No es, en concepto de la Sala, incompatible con la buena fe o creencia de que el terreno era baldío como lo pretende el recurrente, el hecho de que desde el año de 1936, como consta en el expediente, se hubiera verificado, a petición del Fiscal del Tribunal, el deslinde de los terrenos baldíos con la propiedad de "Guabinero", porque, fuera de que, como ya se vio, no está inequívocamente demostrado que el lote del demandado esté dentro de esta finca, en el juicio que para ese efecto se siguió no fue parte Jesús Arango ni se ha probado que él tuviera conocimiento de su secuela.

La disposición legal que consagró la prescripción adquisitiva alegada en este caso había empezado a regir el 7 de abril de 1937 (artículo 33 de la Ley 200 de 1936 y 16 de su Decreto reglamentario número 0059 de 1938), cuando el demandado inició su posesión quinquenal (7 de mayo de 1937), la que se completó el 7 de mayo de 1942. No existe, en parecer de la Sala, la interrupción a que alude el recurrente en el capítulo que dedica al estudio de la excepción prescriptiva para el caso de que se tratara el negocio en instancia, porque la notificación de la demanda al demandado Jesús Arango aparece hecha en forma personal, con los requisitos del traslado, el día 11 de mayo de 1942, cuando ya se habían cumplido los cinco años del término legal. Es verdad que hay en el proceso otra diligencia de notificación al demandado, hecha por Juez comisionado (fls. 49 a 54) fechada el 7 del precitado mes de mayo; pero lo cierto es que el traslado corrido el día 11 es el que ha sido considerado como la notificación legal de la demanda y el que ha regido los trámites de la litis, ya que conforme a él se tuvo asimismo como oportunamente contestada la demanda.

En estas condiciones, según ya se dijo, la solución que legalmente procede es la adoptada en la sentencia del primer grado del juicio; pero siendo ésta, aunque solamente en un sentido teórico, más gravosa o perjudicial que la de segunda instancia, contra la cual ha recurrido el demandante, la Sala, en aplicación del principio de la **reformatio in pejus,** consagrado en el artículo 494 del C. J. y aplicable también en casación, que impide al fallador empeorar la situación del recurrente, limita su decisión a dejar intacto el imperio de la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 24 de marzo de 1944, que ha sido materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condenación en costas.

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

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

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR LOS ACTOS DE USURPACION DE UNA MARCA DE FABRICA

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Carlos Higuera R. demandó a Arturo Schneider, para que previos los trámites de un juicio ordinario fuera condenado a pagarle la suma de $ 12.000 o la que señalen peritos, como indemnización de perjuicios por los actos de usurpación de una marca de fábrica y competencia desleal.

Hechos básicos de la demanda son estos: Por Resolución 1063 de 17 de diciembre de 1936, el Ministerio de Agricultura y comercio concedió al demandante Higuera R. el registro de una marca de fábrica consistente en la denominación "La Cubana" que constituye, junto con otras señales, el empaque de los cigarros que fabrica Higuera. El demandado Schneider ha venido fabricando desde enero de 1941 cigarros bajo los nombres **El Cumaco, El Cubano, La Cumana,** con etiquetas cuyo emblema es idéntico o semejante al registrado para la marca de la fábrica "La Cubana". El demandado ha vendido sus cigarros en las plazas comerciales del país en donde los cigarros "La Cubana" tienen adquirida desde hace algún tiempo una clientela de consumidores muy numerosa. Estos actos, según el demandante, además de constituír una usurpación de su marca registrada, constituye una competencia desleal, pues se han ejecutado en forma maliciosa con el objeto de producir una confusión entre los cigarros elaborados por Higuera, con los que elabora Schneider.

Este al contestar la demanda contestó que era cierto que en su fábrica de cigarros que tiene establecida en Bucaramanga, hubo de emplear por corto tiempo las marcas denominadas **El Cumano, El Cubano** y **La Cumana,** pero que suspendió ese uso a la primera insinuación que le hizo el demandante Higuera sobre el parecido de esas marcas con la marca "La Cubana" que él usaba y sobre la posiblidad del daño que pudiera sufrir el demandante por el parecido de todos esos nombres.

Fundado en los artículos 65, 66 y especialmente en el 67 de la Ley 31 de 1925, sobre protección a la propiedad industrial, el demandante Higuera hubo de acudir al Alcalde Municipal de Bucaramanga en solicitud de amparo para su marca registrada, debido a los actos de imitación que había ejecutado el demandado Schneider. En Resolución de 8 de agosto de 1941, el Alcalde mencionado prestó a Higuera el amparo administrativo solicitado y previno a Schneider, que se abstuviera de continuar ejecutando los hechos infractores por los que fue denunciado, y dispuso además que Schneider prestara la fianza que al respecto exige la ley, como lo hizo. (Fls. 19 vto. a 26 del Cdno. Nº 5).

En sentencia de primer grado dictada por el Juez 2º del Circuito de Bucaramanga el 8 de abril de 1943, fue absuelto el demandado, absolución basada en la carencia de pruebas por parte del actor, quien apeló de ese fallo, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 5 de mayo de 1944 confirmó el del inferior, aunque por otra razón.

Interpuso recurso de casación el demandante y admitido y tramitado debidamente, pasa hoy a decidirse.

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: El Tribunal, teniendo en cuenta la prescripción alegada por el demandado y aplicando el artículo 59 de la citada Ley 31 de 1925, concluyó que esa defensa estaba demostrada y al estimarlo así, absolvió al demandado.

El recurrente acusa el fallo por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 59 citado, y estima que ese error del Tribunal provino de haber confundido la acción intentada con otra diferente a que se refiere el artículo 69.

La Corte considera: Estudiada la demanda y toda la actuación de este juicio y las diligencias administrativas anteriores a este litigio, se ve claramente que se trata de la acción consagrada

por los artículos 65 y 66 de la citada Ley 31 de 1925, lo cual resulta claro porque la imitación hecha por Schneider en las envolturas para sus cigarros, producía confusión con la marca registrada que para el mismo efecto empleaba el demandante. Sobre este punto no existe la menor duda en los autos y por eso los peritos que intervinieron en la inspección ocular de que luego se hablará, están de acuerdo en que el uso de las marcas **El Cubano, El Cumano** y **La Cumana** por parte de Schneider, fueron imitación de la marca "La Cubana" propiedad de Higuera, y tales marcas causaron confusión con ésta. Así lo conceptúan los peritos Humberto Gómez Arenas, Nepomuceno Acevedo y Gabriel Puyana U. (fls. 61, 62 y 77 del Cdno. Nº 5).

Y que se trataba de actos de imitación, que producían confusión en el público y que constituyen competencia desleal según los artículos 65 y 66 citados, convence la actuación y la Resolución administrativa de que se ha hecho mérito, la cual tiene cabida en esos casos, de acuerdo con el artículo 67 de dicha ley.

Ahora bien: Como las acciones contra la competencia desleal, usurpación e imitación de marcas, se ejercen por la vía ordinaria (artículo 66 citado), y la ley no fijó ningún término especial de prescripción al respecto, se siguen entonces las reglas generales sobre el particular, de donde se deduce que la acción ejercitada por el demandante, no está prescrita, porque los actos de usurpación e imitación de que se queja comenzaron a realizarse, según está comprobado en autos, en el año de 1941 y la demanda fue notificada a Schneider el 14 de septiembre de 1942.

El artículo 59 de la Ley 31 se refiere a un caso muy distinto, al uso de un nombre, no a la imitación del nombre ni a los actos de competencia desleal, que tienen cabida especialmente con la imitación fonética o gráfica de una marca ya registrada. En el caso del artículo 59 un industrial o comerciante usa de un nombre que corresponde a otro; en el caso de los artículos 65 y 66, el industrial o fabricante no se apropia de un nombre ajeno sino que imita una marca para producir confusión con otra ya registrada. Luego, como en el caso de autos el actor entabló la acción que consagran los artículos 65 y 66, lo cual se ve clarísimo, por lo ya dicho, no era el caso de aplicar el artículo 59 ni menos la prescripción de corto tiempo establecida en ella, porque la acción que consagra esa norma no fue la ejercitada. El fallador de Bucaramanga, como lo dice el recurrente, confundió la acción intentada en este juicio con la del artículo 59.

El cargo debe por lo tanto prosperar y al entrar en instancia, sobre la base de que está acreditado el registro de la marca "La Cubana" y de la imitación fonética y gráfica de esa marca por parte de Schneider, debe estudiarse si está demostrado o no en los autos que tal imitación causó perjuicio al demandante.

Como en todos los casos de culpa extracontractual, debe acreditarse la existencia del acto o hecho delictual o ilícito, el perjuicio que ese acto causa a un tercero y la relación de causalidad correspondiente. Cuando se demuestra el hecho ilícito delictual, pero ese hecho no ha causado perjuicio o el perjuicio que se alega no está ligado al hecho por la relación de causalidad, o cuando demostrada ésta, no se acredita el perjuicio sufrido, ni su monto, no procede entonces la condenación a la indemnización de perjuicios impetrada, perjuicios que deben ser ciertos y estar debidamente establecidos.

En el caso de autos no se demostró la existencia de los perjuicios. En efecto: Se practicó una inspección ocular en la fábrica de cigarros del demandado Schneider (fls. 58 a 60 del Cdno. número 5) y de ella se vino en conocimiento que la imitación de que se queja Higuera tuvo lugar en el lapso comprendido entre los meses de enero a agosto de 1941 y que en ese lapso vendió, prevalido de esa imitación, Scheneider, 200 cajas de cigarros que fueron despachadas a los señores Zaher de Quibdó.

Los peritos en vista de esa inspección ocular y de las demás pruebas del expediente concluyeron así: el perito Humberto Gómez Arenas: "No concreto esta estimación de los posibles perjuicios en suma determinada, por carecer de los elementos de apreciación suficientes para ello". El perito Nepomuceno Acevedo: "La utilidad en una caja de cigarros, de la vitola y cantidad anotadas en la diligencia de inspección, que obtiene un fabricante, es de cuatro pesos aproximadamente; de manera que multiplicando esta suma del número de cajas vendidas con marcas imitadas, se obtiene el valor total en que avalúo los perjuicios sufridos por Higuera por causa de los actos de Schneider, que se dejan mencionados. Esto da un valor total de ochocientos sesenta pesos". El perito tercero Gabriel Puyana U. dice: "En lo que respecta a establecer en suma determinada el

total de los perjuicios que pueda haber recibido el señor Higuera R. me faltan otros elementos de apreciación, sin los cuales no me considero capacitado para hacer una estimación completa".

Pedida aclaración al dictamen, el perito Acevedo manifestó que sería temerario asegurar en forma categórica que la venta de 215 cajas de cigarros hecha por Schneider, implique necesariamente la disminución de 215 cajas en la venta de los cigarros que en el mismo período (de enero a agosto) fabricó Higuera R., El perito Gómez Arenas expresó que la venta de 215 cajas de cigarros que con las marcas ya dichas hizo Schneider, en el período ya dicho, no implica en su concepto que necesariamente haya dejado de vender Higuera ese mismo número de cajas en el mismo período; y el perito Puyana concluyó que para poder conceptuar que las 215 cajas vendidas por Schneider correspondieron a otras tantas dejadas de vender por Higuera, sería necesaria la comprobación por parte de éste, de una reducción de la misma cantidad en sus despachos para Quibdó y Condoto en el período de enero a agosto de 1941.

De estos dictámenes y de las demás piezas que al respecto existen en el expediente, se concluye que sí es evidente que Schneider es reponsable de un hecho delictual, que vendió 215 cajas de cigarros con etiquetas que imitaban la de "La Cubana", no se ha acreditado que por esa venta Higuera hubiera dejado de vender sus cigarros en las poblaciones de Condoto y Quibdó, debido a las ventas que hizo Schneider, o sea, no se ha demostrado que la venta de cigarros de Higuera hubiera disminuído por los actos de imitación de Schneider. No está demostrada la relación de causalidad ni está demostrado que por esas ventas, hubiera sufrido perjuicios el demandante.

Pero no sólo el perjuicio puede existir, en casos como el de que se trata por la disminución en las ventas de unas mercaderías, sino que pueden surgir también cuando la imitación tiende a desacreditar una marca rival. En ese caso es también necesario demostrar ese extremo, y esa demostración tampoco está dada en autos.

Al confirmar el fallador de Bucaramanga la sentencia de primer grado, absolvió al demandado de los cargos de la demanda. Como la Corte llega, aunque por razones muy distintas, a la misma conclusión del Tribunal, no es el caso de variar la parte resolutiva de la sentencia recurrida, como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Superioridad, sino de mantenerla.

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

Sin costas en el recurso.

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

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

DECLARACION DE DESERCION DEL RECURSO DE CASACION

Aunque la Corte ha tenido una progresiva amplitud en la interpretación de las disposiciones de la ley sobre oportunidad para formular la demanda de casación, autorizando que se haga antes del término establecido para el efecto, no puede, sin embargo, llevar su largueza interpretativa hasta el extremo de aceptar que se puede fundar el recurso formulando la demanda de casación, no sólo extemporáneamente sino ante otra autoridad judicial distinta de la Sala de Casación Civil de la Corte y en libelo no destinado a ese fin, sino con ocasión de la interposición del recurso ante el Tribunal. Esto ya desencajaría la reglamentación procedimental. Por esto no tiene la Sala la impresión de que incurre en excesivo formulismo al concluir que en este caso no hay por qué tener como tal un libelo producido antes de ser concedido el recurso destinado, según sus propios términos, a interponerlo ante el Tribunal demostrando su procedencia, dirigido a entidad distinta de la Corte y no revivido o reproducido en forma ninguna ante ella.

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

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca)

Admitido por la Corte en auto de 4 de noviembre último el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 28 de junio de 1944, en el ordinario de Gilberto Alzate Avendaño contra Ernesto Garcés, se ordenó el traslado al recurrente en auto de 23 del mismo noviembre para que fundara su recurso, y desde el día 27 siguiente, como consta en el proceso, quedaron los autos a su disposición.

El 3 del mes que corre ha vuelto el negocio al despacho con el informe secretarial de que está vencido el traslado conferido a la parte recurrente "la que fundamentó su recurso al interponerlo ante el Tribunal de Manizales".

En este libelo, dirigido a la Sala Civil del Tribunal Superior de Manizales y fechado el 2 de agosto de 1944, introducido dentro de la quincena siguiente a la notificación de la sentencia definitiva de segunda instancia, se lee en su encabezamiento: "Yo..., respetuosamente manifiesto al Honorable Tribunal, dentro del tiempo hábil que fija la ley, que interpongo recurso de casación, para que se surta ante la Corte Suprema de Justicia, contra la sentencia de segunda instancia...". Contiene en seguida tal escrito la enunciación de la causal que le da fundamento al recurso, los razonamientos en que lo apoya con cita de las disposiciones que considera infringidas y termina, después de estas consideraciones generales sobre la procedencia del recurso: "En mérito de estos hechos y razones, pido que se conceda por el Tribunal el recurso y se disponga remitir el proceso oportunamente a la Corte Suprema de Justicia, previa citación de las partes".

Habida cuenta de esta situación procesal, la Sala ha de decidir si es de aplicación al caso el artículo 532, en relación con el 530 del C. J., para lo cual considera.

De acuerdo con estos preceptos legales, admitido el recurso se manda dar traslado del proceso a la parte recurrente por treinta días, para que dentro de este término formule la demanda de casación. Si el recurso no se funda dentro del término legal, la Sala lo declara desierto y condena en costas a la parte recurrente.

Es principio del derecho procesal que los términos judiciales constituyen una garantía recíproca para las partes en el juicio, evitan asaltos sorpresivos, estimulan la rapidez en la tramitación de los procesos y guardan su equilibrio, por lo cual en la interpretación de los textos legales que los establecen y gobiernan debe procederse con criterio de estricto derecho y con rigurosa sujeción a sus reglas formales.

No ha sido uniforme y constante la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en torno de los efectos que se determinan con la presentación extemporánea de la demanda fundamental del recurso. Desde luego, el término es fatal para el recurrente, de modo que si se funda transcurrido éste, no hay duda de que debe sobrevenir la declaración oriciosa de deserción. Pero no es

tan claro para el caso de que se funde anticipadamente. Durante la legislación anterior a la Ley 105 de 1931, de acuerdo con el artículo 151 de la Ley 40 de 1907, que calificaba el término de perentorio, la omisión en fundar oportunamente, por anticipación o por posterioridad, el recurso, acarreaba siempre la sanción de declararlo desierto, en virtud del principio procedimental de que los actos que ordena la ley que se realicen dentro de un término perentorio carecen de efecto si se cumplen fuera de él. G. J. XXVII, pág. 112 y XXIX, pág. 192). Y aún bajo el imperio del actual Código Judicial se sostuvo la misma doctrina con fundamento en que la ley no deja duda en sus disposiciones reglamentarias, aun en la que autoriza el envío de la demanda desde el lugar de residencia de la parte o su apoderado, de que tal libelo fundamental debe llegar a la Secretaría de la Sala de Casación Civil **dentro** del término legal. (G. J. XLI pág. 537).

Esta doctrina, basada indudablemente en una interpretación muy a ras de la letra legal, se varió por la Sala en decisión visible a la página 308 del Tomo XLII de la GACETA JUDICIAL, en que se excluye la sanción de declarar desierto el recurso para los casos en que la demanda de casación se haya formulado ante la Corte, en debida forma, antes de que se haya corrido el traslado legal para el efecto, pues en tal caso no se viola el derecho de defensa del opositor, ni ello equivale a dejar al capricho del recurrente la marcha de la actuación. Esta interpretación se ha venido sosteniendo invariablemente por la Sala.

En esta misma sentencia que se acaba de citar destacó la Corte las dos oportunidades o términos que la ley señala en orden al recurso extraordinario de casación: el uno para **interponerlo**, que opera ante el Tribunal, y el otro, para **formular la demanda de casación,** esto es, para acusar la sentencia en la forma que exige la ley, y que corre ante la Corte Suprema. El abolido artículo 28 de la Ley 81 de 1910 autorizaba expresamente a las partes para "fundar ante el Tribunal sentenciador el recurso de casación" sin perjuicio de ampliar ante la Sala de la Corte las causales alegadas y presentar otras nuevas. Tal autorización quedó abolida dentro del sistema procedimental de la Ley 105 de 1931, que manda formular la demanda de casación ante la Corte.

Si bien, como se ha visto, la Sala ha tenido una progresiva amplitud en la interpretación de las disposiciones de la ley sobre oportunidad para formular la demanda de casación autorizando que se haga antes del término establecido para el efecto, no puede, sin embargo, llevar su largueza interpretativa hasta el extremo de aceptar que se puede fundar el recurso, formulando la demanda de casación, no sólo extemporáneamente sino ante otra autoridad judicial distinta de la Sala de Casación Civil de la Corte y en libelo no destinado a ese fin, sino con ocasión de la interposición del recurso ante el Tribunal. Esto ya desencajaría la reglamentación procedimental del recurso. Por esto no tiene la Sala la impresión de que incurre en excesivo formulismo al concluir que en este caso no se ha formulado demanda de casación, porque en realidad no hay por qué tener como tal un libelo producido antes de ser concedido el recurso, destinado, según sus propios términos, a interponerlo ante el Tribunal demostrando su procedencia, dirigido a entidad distinta de la Corte y no revivido o reproducido en forma ninguna ante ella.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 532 del C. J., declara desierto el recurso a que se ha hecho referencia y ordena devolver el negocio al Tribunal de origen.

No se hace condenación en costas por no aparecer que se hayan causado.

Notifíquese, cópiese.

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

GANANCIAS. HIJUELA DE DEUDAS QUE DEBE FORMAR EL PARTIDOR

1.—Es muy común y de ocurrencia diaria confundir el derecho de gananciales con otro derecho que uno de los cónyuges pudiera tener en la sucesión del otro y así se nota en la redacción del artículo 1234 del Código Civil que dice que se imputará a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, si no la renunciare, lo que literalmente quiere decir que la mitad de gananciales hace parte del derecho que pudiere percibir a cualquier título un cónyuge en la sucesión del otro.

2.—Por mandato imperativo del artículo 1393 del Código Civil el partidor, sea o no requerido por los herederos o el albacea, estará obligado a formar el lote o hijuela que se expresa en el artículo 1343 del mismo Código, para cubrir las deudas conocidas, y como las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, a cada uno de ellos debe señalársele en la partición la suma que debe cubrir para extinguir las deudas hereditarias.

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

(Magistrado ponente: Doctor José Miguel Arango)

Faustino Santamaría falleció en Suaita, el 8 de marzo de 1932; la sucesión de este señor se adelantó con citación de su viuda Guadalupe Ariza y de sus hijos Pedro Elías, Guadalupe, Pablo, Hortensia, Eloísa y Dulcelina Santamaría.

Por escritura número 45 de 25 de marzo de 1932, la señora Ariza vendió a su hijo don Pedro Elías Santamaría "todos los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle a cualquier título en la sucesión de su finado esposo, señor Faustino Santamaría. Que tales derechos y acciones los hubo la vendedora por muerte de su esposo señor Faustino Santamaría, que esos derechos y acciones no los ha enajenado por acto anterior y que responde de su calidad de copartícipe en la mencionada sucesión".

Se procedió a la partición de los bienes de esta sucesión y se le adjudicaron al señor Pedro Elías Santamaría los derechos que le correspondían a la señora Ariza de Santamaría, como gananciales, puesto que ningún otro derecho tenía en la sucesión de su marido. Se le adjudicaron igualmente los bienes señalados para el pago de deudas y gastos. La partición fue objetada porque la señora Ariza no había vendido sus gananciales por la escritura número 45 y porque la hijuela de deudas y gastos no podía adjudicarse a uno solo de los herederos, por cuanto el valor de los bienes allí señalados, sobrepujaban el valor fijado en los inventarios a esos mismos bienes. Se hicieron otras objeciones que no tienen interés en la casación, porque respecto a ellas nada se ha dicho.

El Juez declaró infundadas las objeciones, pero el Tribunal de San Gil las declaró probadas y ordenó rehacer la partición. Contra esta providencia se interpuso recurso de casación, que no fue admitido por la Corte por no tratarse de una sentencia aprobatoria de la partición.

Rehizo el partidor el trabajo adjustándose a las observaciones hechas por el Tribunal, trabajo que fue confirmado tanto por el Juez como por el Tribunal. Contra esta sentencia, que lleva fecha 9 de febrero del año pasado, se interpuso el correspondiente recurso de casación, que admitido y tramitado con la plenitud de las formalidades legales, se procede a estudiar.

La demanda de casación se concreta a considerar las objeciones relativas a la interpretación de la escritura número 45 (objeción tercera), y a la adjudicación a uno solo de los copartícipes de la hijuela de deudas y gastos (objeción cuarta).

Considera el recurrente que el sentenciador incurrió en error evidente de hecho al apreciar la prueba que conste en la escritura pública número 45 de 1932, error que lo llevó a infringir directamente los artículos 1602, 1603, 1618, 1620 y 1622 del Código Civil, y para sustentar este capítulo de acusación se dice que como la señora Ariza no tenía derecho a la porción conyugal ni podía concurrir como heredera habiendo hijos legítimos, de suerte que los únicos derechos que le correspondían en la sucesión de su marido al producirse la disolución de la sociedad conyugal co-

mo consecuencia inevitable de la muerte de aquél, eran los respectivos gananciales adquiridos durante la existencia de la misma sociedad conyugal que se estaba liquidando; que es regla de hermenéutica que las cláusulas de un contrato han de interpretarse en el sentido de que produzcan algún efecto y éste debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno, de acuerdo con el artículo 1620 del Código Civil.

Le asiste razón al recurrente. No aparece en esa escritura frase alguna que determine que lo vendido son los gananciales, pero sí resalta la intención de enajenarlos, porque la señora no tenía más derechos que sus gananciales, que se hacían efectivos al liquidarse la sociedad conyugal Santamaría-Ariza, ya que si no se entiende así la cláusula transcrita de la escritura número 45, ese pacto no produciría efecto alguno puesto que la señora vendía cosa que no tenía en la sucesión de su marido.

De modo que, como lo ordena el artículo 1618 conocida claramente la intención de los contratantes, como acaece al presente, debe estarse a ésta más que a lo literal de las palabras, disposición que encaja al caso del pleito de manera indubitable.

Es muy común y de ocurrencia diaria confundir el derecho de gananciales con otro derecho que uno de los cónyuges pudiera tener en la sucesión del otro y así se nota en la redacción del artículo 1234 del Código Civil que dice que se imputará a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, si no la renunciare, lo que literalmente quiere decir que la mitad de gananciales hace parte del derecho que pudiere percibir a cualquier otro título un cónyuge en la sucesión del otro.

Igualmente considera el recurrente que el Tribunal al desechar la objeción relativa a la hijuela de deudas y gastos que se adjudicó a todos los herederos, a prorrota de sus respectivos derechos, violó el numeral 4º del artículo 1668 del Código Civil.

No le acompaña al recurrente la razón en esta anotación. Por mandato imperativo del artículo 1393 del Código Civil, el partidor sea o no requerido por los herederos o el albacea, estará obligado a formar el lote o hijuela que se expresa en el artículo 1343 del Código Civil, para cubrir las deudas conocidas y como las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, a cada uno de ellos debe señalársele en la partición la suma que debe cubrir para extinguir las deudas hereditarias. No está bien, pues, que se le adjudique a un acreedor hereditario, aunque sea heredero, el lote o hijuela señalado para pagar las deudas de la sucesión, tanto más cuanto en este juicio no hubo convenio entre los herederos, algunos menores de edad, para adjudicarle a uno de éstos los bienes designados para pagar las deudas de la sucesión. Y esto es de justicia porque bien pudiera suceder que los bienes adjudicados para el pago de las deudas alcanzaran un mayor valor beneficiándose el adjudicatario con perjuicio de los otros herederos o al contrario, que disminuyeran de precio con menoscabo de aquél.

Por consiguiente no es fundado el cargo que se le hace al Tribunal por violación del numeral 4º del artículo 1668 del Código Civil.

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

1º—**Infírmase** parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, el nueve de febrero del año próximo pasado.

2º—**Revócase** la sentencia proferida por el Juez 1º del Circuito del Socorro, el veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

3º—Declárase probada la objeción tercera a que se refiere este fallo.

En consecuencia, devuélvase el expediente para que el señor partidor rehaga su trabajo incluyendo en la hijuela del señor Pedro Elías Santamaría el valor de la mitad de los gananciales que le correspondan a Guadalupe Ariza en la liquidación de la sociedad conyugal Santamaría-Ariza.

4º—Sin costas.

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

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

ACLARACION DE LA ANTERIOR SENTENCIA

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

En el Juzgado 1º Civil del Circuito del Socorro se inició la causa mortuoria del señor Faustino Santamaría, la que por impedimento del juez pasó al Juzgado 2º de ese Circuito. Adelantada hasta llegar a la partición de los bienes, se procedió a ésta en forma que, dentro del traslado de ley, se le hicieron por algunos de los interesados varias objeciones que, rechazadas unas y acogidas otras, quedaron reducidas, al menos en lo tocante a lo que concierne a la intervención y decisión de la Corte, a estas dos, que son otros tantos interrogantes: ¿la cesión hecha en escritura de 25 de marzo de 1932, número 45, por la señora Guadalupe Ariza, viuda del causante, al señor Pedro Elías Santamaría, su hijo, de todos los derechos que a ella puedan corresponder a cualquier título en la sucesión de su finado marido, comprende sus gananciales en la sociedad conyugal disuelta con la muerte de él? ¿Y los bienes separados para el pago del pasivo se pueden adjudicar bajo esta carga a uno solo de los interesados, aquí el prenombrado heredero y cesionario de la viuda, o deben adjudicarse a todos a prorrata de sus cuotas para que en esta misma proporción, que es en la que llevan la obligación de ese pago, atiendan a cumplirla?

La partición aludida se hizo en la inteligencia de que la referida cesión comprendía los gananciales y, además, adjudicó la hijuela de deudas a dicho interesado únicamente.

Fallado el respectivo incidente por el Juzgado y en seguida por el Tribunal en virtud de apelación, quedó por entonces decidido que los gananciales no habían quedado incluídos en la cesión y, por otra parte, que la hijuela de deudas y la carga de pagarlas correspondía a todos los interesados.

Sobre este pie se rehizo el trabajo de partición el cual, consecuencialmente, fue aprobado por el juez en sentencia confirmada por el Tribunal. El recurso de casación contra ésta es lo que motivó la venida del proceso a la Corte, donde, tramitado aquél debidamente, se falló en sentencia de doce de febrero último, que mantiene lo decidido sobre adjudicación de los bienes separados para el pago del pasivo a todos los interesados a prorrata de sus cuotas con la carga del pago concomitante en la misma proporción, y que, en lo tocante a los gananciales, reconoce que la cesión los incluyó, es decir, que la partición debe rehacerse en forma que al cesionario Pedro Elías Santamaría se le adjudiquen bienes para cubrírselos. En lo demás, como se ve, no hay alteración.

Si, como queda dicho, la primera partición reconoció los gananciales en favor del cesionario y éste es el concepto a que la Corte ha ajustado su sentencia, es claro que al referirse ésta a la objeción relativa a este tema, la parte resolutiva del fallo, a fin de ser congruente con la parte motiva, ha debido pronunciar el rechazo de la objeción, puesto que a través de las alternativas mencionadas ese concepto es el que prevalece.

Tanto es ello así que si la Corte hubiera hallado probada la objeción, como la halló el Tribunal, es claro que no habría invalidado la sentencia recurrida, la que cabalmente se casó en esa parte y con el resultado de que se vuelva al punto de partida, esto es, al reconocimiento y pago de los gananciales de la señora Ariza en favor de su cesionario.

Repítese que esa primera partición, fue la que dio ocasión a objeciones, como sobra decirlo, procedió a ese respecto reconociendo que el cesionario había adquirido los gananciales. De las varias objeciones aludidas, la relativa a este punto quedó siendo la tercera en la ordenación que hizo el Tribunal al estudiarlas. Porque la acogió, se rehizo en esto aquel trabajo, así como por lo antedicho sobre hijuela de deudas. Y al conformarse la segunda partición a lo dispuesto por el Tribunal al cerrar el incidente de objeciones, el nuevo trabajo recibió aprobación en sentencia que, como ya se dijo, vino en casación a esta Sala.

Y acontece que el fallo de la Corte al condensar en su parte resolutiva lo que correspondía a las consideraciones expuestas en la motiva, en el numeral en que se refiere a la citada objeción tercera dice: "Declárase probada", debiendo decir: "No probada".

Contra este error, probablemente inadvertencia de copia al sacar en limpio el proyecto, se ha formulado en oportunidad el correspondiente reclamo, como aclaración y de conformidad con el artículo 482 del C. J.

Lo antedicho hace ver cuán justificado es el pedimento, encaminado simplemente a que en la parte resolutiva se diga en el dicho renglón lo que imperativamente exige la parte motiva e impone el hecho mismo de haberse casado parcialmente la sentencia del Tribunal.

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, aclara la sentencia pronunciada en este asunto, el doce de febrero del presente año, haciendo constar que el numeral 3º de su parte resolutiva queda redactado así:

"Declárase no probada la objeción tercera a que se refiere este fallo".

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.), **Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón,** Srio.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

Es claro que siendo el mandato, como lo tiene establecido la jurisprudencia, naturalmente remunerado, el corredor encargado de agenciar una venta, que encuentra comprador, tiene derecho a remuneración aun cuando luego el dueño venda a otro directamente, pero nada obsta que los contratantes pacten expresamente que si no se consigue determinado precio no hay lugar a estipendio.

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

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 4 de marzo de 1939, repartido al Juzgado 2º de este Circuito, José Vicente Bernal, en su propio nombre, demandó a Joaquín Reyes, para que con su citación y audiencia se declare que el demandado le "adeuda la cantidad de cinco mil pesos moneda corriente más los intereses legales desde el día en que se hicieron exigibles hasta que el pago se verifique, proveniente del valor de la comisión que dicho señor Reyes le confirió para la venta de la hacienda llamada Ocusá, cuyo contrato de compraventa tuvo lugar con el doctor Esteban Granados Motta por escritura número 1592, de fecha 16 de noviembre de 1937, Notaría 3ª de este Circuito; que al mismo tiempo se declare que el demandado quedó en mora de pagar los $ 5.000, desde el día del perfeccionamiento del contrato de venta del expresado inmueble".

Se funda la demanda, en resumen, en que entre actor y demandado se celebró un contrato en virtud del cual Bernal se comprometió a agenciar la venta de la hacienda Ocusá, de propiedad del demandado, ubicada en el Municipio de Zotaquira, del Departamento de Boyacá, por un precio mínimo de $ 100.000 con remuneración estipulada de $ 5.000, y que en cumplimiento de este mandato consiguió comprador —el doctor Esteban Granados Motta— a quien el dueño la vendió por el precio de $ 75.000, por haber accedido a rebajarlo voluntariamente.

El demandado negó los hechos fundamentales de la demanda como en ella se exponen, y se opuso a las pretensiones del actor.

Preparada legalmente la instancia, el Juzgado del Circuito, en sentencia definitiva de 20 de octubre de 1942, decidió que el demandado "está obligado a pagar al doctor José Vicente Bernal el valor de sus servicios prestados en el desempeño de la comisión que le confirió para la venta de la hacienda denominada Ocusá, junto con los intereses legales desde el 16 de noviembre de 1937, fecha en que vendió el inmueble al doctor Esteban Granados Motta. La cuantía de tales perjuicios (sic) se establecerá mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J." Sin costas.

Sentencia acusada

La apelación que el demandado interpuso contra esta sentencia llevó el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, donde se remató el segundo grado del juicio con la sentencia definitiva de 19 de abril de 1944, en la cual se revocó la apelada y en su lugar se absolvió al demandado Reyes de todos los cargos de la demanda. También sin costas.

Acepta el Tribunal, en la parte motiva de su sentencia, la celebración del contrato que el actor aduce como fuente de la obligación demandada, y luego de discurrir sobre la denominación que jurídicamente puede corresponderle —mandato, arrendamiento de servicios, corretaje—, concluye que a las características de este último es a las que mejor se acomoda y corresponde la convención de autos, pero que no estando este contrato especialmente reglamentado en el código colombiano, es preciso tenerlo en cuenta, para decidir el litigio en él originado, según las estipulaciones de las partes contratantes, tal como resulten de las comprobaciones del proceso.

Analiza al efecto, las afirmaciones del propio demandante, las posiciones absueltas por el demandado, una carta del comprador de Ocusá y exposiciones testimoniales, y sobre el mérito de

estas pruebas conciuye que lo convenido entre actor y demandado fue que solamente habría lugar al pago de la remuneración estipulada en el caso de que Reyes vendiera su finca a un comprador conseguido por Bernal y por el precio mínimo de $ 100.000, condiciones éstas, las dos, que no pueden tenerse como demostradas con los elementos probatorios aducidos a los autos. Ni la venta se hizo sobre la base de apreciación estipulada ni como consecuencia de la mediación del demandante. Considera el Tribunal que la demanda no persigue el pago en cuantía indeterminada por servicios prestados, sino una suma precisa y fija por remuneración exigible dentro de condiciones determinadas en las estipulaciones del convenio.

El recurso

Contra esta sentencia interpuso el actor el recurso de casación que debidamente admitido y tramitado se decide hoy.

Invocando la causal primera del artículo 520 del C. J. se formulan contra la sentencia los siguientes cargos:

a) "Eliminar como contrato de arrendamiento —dice el recurrente— la convención Reyes-Bernal es violar el artículo 1973 del C. C.... y afirmar, como lo hace la sentencia recurrida, que no es mandato, es violar el texto del artículo 2142 del código citado y 331 del C. de Co.... Y si es violatoria la sentencia de las disposiciones bien del contrato de arrendamiento, o bien del de mandato, la sentencia aplica indebidamente las disposiciones generales de los contratos cuando debía aplicar preferencialmente las reglas del contrato nominado de mandato civil o comercial que es la categoría jurídica contractual que estimo celebrada entre Reyes y Bernal".

b) El Tribunal apreció erróneamente la carta de fecha 9 de diciembre de 1936, dirigida por el demandado, desde Cachipay, al actor Bernal, lo mismo que las posiciones absueltas extrajuicio por el demandado Reyes, errores que lo condujeron a negar en el fallo la existencia de una convención celebrada entre el demandante y el demandado, originaria de la obligación de pagar la remuneración demandada o la que se fijare en juicio separado, lo mismo que la mediación o intervención del demandante Bernal en la celebración del contrato de venta con Granados Motta. "Al no darle a tales pruebas valor demostrativo de la referida convención —dice la demanda— la sentencia viola:

"Los artículos 2142, 2149 y 2150 del C. C. y 331, 333 y 338 del C. de Comercio si la convención se estimare de mandato;

El artículo 1973 del C. C. si de prestación o arrendamiento de servicios se tratare; y

Los artículos 1495, 1517 y 1602 del C. C. si la convención es innominada".

Afirma el recurrente que hay error de hecho y derecho en la apreciación de la confesión del demandado, porque no es verdad que se haya acreditado con ella que se pactó remuneración solamente para el caso de que la venta se hiciera por más de $ 100.000, sino que simplemente se acordó remuneración para los servicios de comisionista. "Porque el contrato no es que haya sido condicional a la cuantía de cien mil pesos, sino que, como lo confiesa el demandado, no ha pagado, no porque no haya habido estipulación de remuneración, sino porque el doctor Bernal no consiguió al comprador Granados Motta".

Finalmente, con relación a la mediación del demandante Bernal en el contrato de venta, afirma el recurrente que el Tribunal erró en la apreciación de las pruebas consistentes en la carta que Granados Motta dirigió al demandante el 15 de septiembre de 1937, en la declaración del mismo Granados en relación con esa carta, en las exposiciones testimoniales de Máximo Matéus y Arturo y Eduardo González y en las posiciones absueltas por Reyes, de todas las cuales resulta evidentemente demostrada la intervención del actor en el referido contrato de venta de Ocusá. "Incurre por tanto la sentencia —dice el recurrente— en falta de apreciación de tales pruebas, con error al prescindir de ellas y error de derecho al negarle su valor probatorio, con lo cual viola los artículos 1757, 1768 y 1770 del C. C. y 593, 594, 604, 606, 696, 697 del C. J."

La Corte considera.

Tal como se ha planteado el debate judicial, aparecen afectadas de inutilidad las digresiones que se han hecho en diversa piezas del proceso en torno de la denominación que jurídicamente corresponde al contrato aludido en la demanda, porque cualquiera que sea su naturaleza y el nombre que le convenga, su importancia en el litigio reside exclusivamente en su calidad legal de fuente de obligaciones válidas. La prestación

demandada no aparece subordinada a la circunstancia de que se trate de ésta o de aquélla convención. Y ante la Corte, para la decisión del recurso, pierde aún más importancia este aspecto le la catalogación del contrato, porque de que sea uno u otro a la luz de las disposiciones legales que definen los contratos tipos, no puede concluírse nada que pueda incidir eficazmente en la resolución que haya de proferirse. Todo se reduce, en casación, a averiguar si las conclusiones de la sentencia acusada pugnan o no armonizan bien con alguna disposición sustantiva de la ley, esto es, con preceptos que establezcan derechos y obligaciones para las personas, y esta labor de confrontación resulta baldía con artículos que sólo contienen definiciones contractuales como acontece con los tres que en el primer cargo se citan como infringidos por el Tribunal.

Así lo reconoce el mismo recurrente cuando dice en su demanda ante la Corte: "Pero que esta convención reciba el nombre de mandato o el de arrendamiento de servicios o sea un contrato innominado, no importa para los fines de la conclusión del fallo ni para los de la presente demanda de casación". Lo cual no obsta para que en seguida acuse la sentencia como violadora de los artículos en que el Código Civil define el arrendamiento y el mandato, en cargo que resulta sin ningún interés práctico en el recurso y que no da base de estudio porque omite citar concreta y precisamente "las disposiciones generales de los contratos" que en su concepto fueron objeto de indebida aplicación.

No sin dejar de advertir que carece de pertinencia la cita de las disposiciones del Código de Comercio, inviolables por inaplicación en este caso puesto que no son aplicables no tratándose de una ocurrencia de mandato comercial, ya que las operaciones sobre inmuebles están generalmente fuera del campo del derecho mercantil, conviene, para analizar el cargo por error en la estimación de pruebas, precisar los términos de la convención aducida como fuente de la obligación demandada. En el siguiente párrafo tomado de su alegato de segundo grado, describe el propio demandante el contrato de que se trata:

"El contrato celebrado entre el señor Joaquín Reyes y yo —dice—, es un contrato bilateral en el cual quedaron claramente estipuladas las obligaciones de parte y parte. La mía, de hacer las gestiones encaminadas a la realización de la venta de la hacienda de Ocusá. es decir: buscar el cliente, mostrarle la finca e interesarlo en el negocio, bajo un precio básico de $ 100.000. Esto es, una obligación de hacer pura y simple. La obligación del señor Reyes estaba condicionada a su voluntad, así: si él quería vender la hacienda a uno de los clientes en quien yo hubiera vinculado mi obligación, debía pagarme $ 5.000 por mi trabajo. Si no quería hacerlo, o lo hacía con persona distinta, con quien no hubiera yo cumplido mis obligaciones contractuales, quedaba exento de obligación alguna".

La acusación que se considera es, desde luego, totalmente infundada en cuanto afirma que el sentenciador desconoció la existencia de la convención celebrada entre las partes litigantes, porque la sentencia no incurre en ese yerro y toda la exposición del fallo parte de la base de la existencia del referido contrato.

La decisión absolutoria de la sentencia se funda como conclusión del análisis probatorio del juicio, según se vio al hacer su resumen, en que el demandante no acreditó ninguna de las dos condiciones esenciales que según lo convenido debía cumplir para tener derecho al estipendio acordado, esto es, que ni la venta de Ocusá se hizo teniendo como base el precio mínimo de $ 100.000, ni que la realizada al doctor Granados Motta lo fuera como consecuencia de las gestiones del demandante Bernal. La procedencia del cargo está, pues, condicionada a la demostración de un error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas que le sirvieron al Tribunal para basar su convicción y que ponga a la vista una verdad contraria.

El recurrente dice que ese error reside en la estimación dada a la confesión del demandado porque de ella no es acertado concluír que sólo habría lugar a la remuneración si el precio de la venta era por lo menos de $ 100.000, sino que lo convenido fue remunerar simplemente sus agencias y mediación en el negocio. Para ver muy claro que el acierto en la estimación de esta prueba está de parte del Tribunal basta leer las preguntas pertinentes con sus respectivas respuestas de las posiciones absueltas extrajuicio por el demandado Reyes. Son del tenor siguiente:

"A la décima que dice: '¿Cómo es cierto, sí o

nó, que en la conferencia habida entre el absolvente y el peticionario, a que se refiere la posición que precede, se convino que el valor de la comisión para el caso de venta de la hacienda de Ocusá y de la casa construída por el absolvente en dicha hacienda fuera de $ 5.000?' Contestó: 'No es cierto en la forma en que está hecha la pregunta; lo que se convino en esa conferencia fue que la comisión de venta de la hacienda sería de $ 5.000 si la vendía en $ 100.000, como él dijo que creía poderla vender'.

"A la duodécima que dice: '¿Cómo es cierto, sí o nó, que los $ 5.000 a que se refiere la posición décima debía pagarlos el peticionario al absolvente (sic) al realizarse la venta de la hacienda de Ocusá?' Contestó: 'No es cierto en la forma en que está hecha la pregunta porque el peticionario nada debía pagarme a mí. Ahora, si lo que se me quiere preguntar es, si yo debía pagarle a él los $ 5.000 al realizarse la venta de la hacienda, tampoco es cierto, porque mi obligación era condicional, como ya dije, es decir, si él la vendía en $ 100.000"

"A la décimacuarta que dice: '¿Cómo es cierto, sí o nó, que el absolvente se ha negado a pagarle al peticionario los $ 5.000 a que se refieren las posiciones que preceden, alegando que el peticionario no estuvo interviniendo con Esteban Granados Motta para la venta de la hacienda de Ocusá?' Contestó: 'Es cierto que me he negado a pagarle los $ 5.000 por esa razón' ".

Los términos inequívocos de estas declaraciones, acordes, por lo demás, con las propias afirmaciones del actor sobre que su obligación y su correspondiente derecho al estipendio se ajustaron "bajo un precio básico de $ 100.000", desquician completamente el cargo. Es claro que siendo el mandato, como lo tiene establecido la jurisprudencia, naturalmente remunerado, el corredor encargado de agenciar una venta, que encuentra comprador, tiene derecho a remuneración aun cuando luego el dueño venda a otro directamente, pero nada obsta que los contratantes pacten expresamente que si no se consigue determinado precio no hay lugar a estipendio. Y esto es lo sucedido en el caso de autos, según los elementos de convicción aportados al juicio. Se necesita dislocar el sentido y el texto de las posiciones para decir, como lo hace la demanda, que en la contestación a la pregunta décimacuarta, confesó el demandado que su negativa a pagar no obedece a que se haya estipulado precio básico para tener derecho a remuneración, sino que se debe únicamente a que el demandante no intervino en la venta que recogió la escritura número 1592 del 16 de noviembre de 1937, de la Notaría 3ª de Bogotá. Lo que allí está dicho, como lo anota el Tribunal, es que se ha negado a pagar, además del motivo consistente en no haber alcanzado el precio mínimo, por la otra razón a que exclusivamente alude esa pregunta y a que naturalmente debió circunscribirse la respuesta.

Aunque bastante lo predicho para no infirmar el fallo acusado, no sobra advertir, con respecto a la intervención del demandante en la venta que el demandado hizo de su hacienda a Granados Motta por la suma de $ 75.000 y a que se refiere el último cargo de la demanda, que en la apreciación de las pruebas al respecto tampoco incurrió el Tribunal en ninguna clase de error estimativo. No es, desde luego, cualquier especie de intervención la que correspondía probar al actor en el referido negocio, sino su agencia al tenor de lo estipulado, que como él mismo lo dice, consistía en buscar el cliente, mostrar la hacienda y acordar con él el precio sobre la base de $ 100.000. Y estas condiciones no aparecen cumplidas en las actividades realizadas por Bernal, a que se refieren las pruebas que sobre el particular tuvo a su consideración el Tribunal.

Tales fueron: la carta de Granados Motta al demandante, de fecha 15 de septiembre de 1937, en que hace alusión al negocio de un potrero en que está especialmente interesado, y sobre el cual le dice: "Cuando se resuelvan a venderlo por un precio comercial agregándole necesariamente una parte de tierra a los alrededores de la casa La Florida, yo podré hacerle una propuesta seria y definitiva". En referencia a Ocusá dice: "Yo he venido haciendo todas las diligencias para conseguir compañero con quién comprar la finca toda, pero desafortunadamente nadie tiene dinero. Le hablé a Octavio Medina, a Manuel Gómez, a los Fonsecas, a Miguel Pérez y nadie ha querido atender mis insinuaciones, pero creo que sea más fácil para ustedes vender por parte en esta forma creo que Octavio Medina podría comprar algo, digamos uno de los potreros cercanos a la finca; Manuel Gómez podría comprar otra parte de Ocusá por valor de unos $ 30.000, y yo compraría La Playa con la casa de La Florida y unas fanegadas de tierra para arrendatarios. Pero si se presentan inconvenientes, te repito, yo compraría La Playa a un precio equitativo".

Esteban Granados Motta, en declaración rendida a pedimento del demandante, después de reconocer la autenticidad de la precitada carta, dice: "No es cierto que el señor José Vicente Bernal me hubiera ofrecido la hacienda de Ocusá en venta a nombre de don Joaquín Reyes. Supe que el señor Joaquín Reyes vendía la hacienda de Ocusá por conversación que tuve con el señor Gaton Gobren en la hacienda de Rodesia", en el Municipio de Sotaquirá.... Dirigí la carta que se me acompaña, porque se me había informado que el señor José Vicente Bernal y sus hermanos habían comprado la hacienda de Ocusá y no porque yo supiera que estaba encargado de agenciar la venta, pues justamente en las conversaciones que tuve con don Joaquín Reyes para que me vendiera parte de la hacienda de Ocusá le manifesté clara y nítidamente que quería tratar con él directa y personalmente el negocio".

El testigo Matéus dice que "oyó al doctor Bernal ofreciendo en venta la hacienda de Ocusá al señor Gobrón, al doctor Esteban Granados Motta y a otros, pero que no le consta nada referente a las gestiones.

Arturo González dice que oyó a Granados Motta y Octavio Medina que querían comprar la hacienda y que en ese negocio estaba interviniendo Bernal; y el otro testigo González (Eduardo) refiere haber oído a Granados que Bernal tenía comisión para vender Ocusá con término de vencimiento para cumplirla.

Y estas son todas las pruebas producidas sobre el particular. No se necesita analizarlas, sino enunciar apenas su calidad y contenido, para ver que el Tribunal no se equivocó al concluir sobre su mérito que tampoco se probó fehacientemente en el juicio que la venta de Ocusá fuera el resultado de las gestiones de intermediario del demandante José Vicente Bernal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 19 de abril de 1944, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

TRANSACCION

Es doctrina de la Corte la de que para la existencia del contrato de transacción se requieren estas condiciones: 1ª la existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle SUB JUDICE. 2ª La voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla. 3ª Las concesiones recíprocas otorgadas por las partes con tal fin. En ocasiones ocurre que el olvido de estos principios conduce a que se tome por transacción un fenómeno jurídico o distinto: también es muy posible que la fórmula transaccional se presente en algunos casos combinada con otras figuras similares para facilitar sus resultados dirimentes. En tal evento, la convención de ese modo celebrada tendrá carácter mixto, pero tal circunstancia no desfigura la transacción, sino que a cada una de las cláusulas compromisorias habrá que aplicarle la reglamentación legal que le corresponda, hasta donde lo permita la intención de las partes de celebrar una convención, cuyo total depende especialmente del propósito de transigir.

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

Las demandantes, señoras Mercedes Susana Jimeno de Escobar y Josefina Jimeno de Ponce, eran propietarias de un lote de terreno con frente sobre la Avenida Jiménez de Quesada. El Municipio de Bogotá resolvió ampliar la mencionada avenida y, al efecto, celebró con aquellas señoras el contrato de compraventa que aparece en la escritura pública número 2070, de 3 de diciembre de 1937, de la Notaría 3ª de Bogotá; en tal contrato se estipuló que las demandantes daban en venta al municipio una zona de terreno destinada a la ampliación de la avenida mencionada y que el municipio les pagaría como precio del mismo la cantidad de $ 70.278.00 m. c., que serían cubiertos en la siguiente forma: $ 20.369.31 tan pronto como quedó perfeccionado el contrato consignado en la escritura pública 2070; 8.318.12 que las vendedoras dejaron en poder del municipio para que éste se pagara la valorización producida en la finca de las vendedoras, de la cual fue parte la zona materia del contrato; y $ 41.590.57 que las vendedoras dejaron igualmente en poder del municipio para que éste se pagara la valorización que se produciría en la finca de las vendedoras por razón del ensanche Jiménez de Quesada, en todo el sector comprendido entre las carreras 6ª y 7ª, costado norte, siempre que dicho ensanche se llevara a cabo por el municipio dentro del término de dieciocho meses, contados a partir de la fecha en que quedó perfeccionado el contrato de venta; y se advirtió de modo expreso: "Es entendido que si dicha condición no se cumpliere dentro del plazo estipulado, el municipio deberá pagar la última partida de dinero contante a las vendedoras".

Como el municipio no llevara a cabo el ensanche de la zona comprendida entre carreras 6ª y 7ª, dentro del plano estipulado, las vendedoras lo demandaron por la vía ejecutiva a fin de obtener el pago del resto del precio que había quedado en poder del mismo municipio, o sea la suma de $ 41.590.57. Este juicio se transigió por medio del contrato que aparece en la escritura pública número 1956, de 27 de septiembre de 1939, en la que se acordó que el municipio pagaría a las demandantes $ 15.000.00 m. c. que se convino imputar al precio del terreno comprado, de modo que el precio estipulado en la escritura número 2070 quedó aumentado con la mencionada suma; las vendedoras se comprometieron a desistir del juicio ejecutivo y renunciaron a toda acción o reclamo proveniente del contrato contenido en la citada esnritura número 2070. Posteriormente, considerando las vendedoras que ellas habían cumplido los contratos en referencia y que el municipio los había incumplido, promovieron contra el mismo municipio de Bogotá la demanda que ha dado origen a este juicio, con la cual se pretende obligar al municipio a cumplir los contratos contenidos en las escrituras números 2070 y 1956, ya citadas.

El proceso

Mercedes Susana Jimeno vda. de Escobar y Josefina Jimeno vda. de Ponce de León demandaron, por medio de apoderado, al municipio de Bogotá ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito, para que en sentencia defintiva se resolviera:

"I — Condenar al Municipio de Bogotá a que cumpla inmediatamente el contrato consignado en la escritura pública número 2070, de fecha 3 de diciembre de 1937, corrida ante el señor Notario 3º de Bogotá y celebrado entre el municipio demandado y mis poderdantes".

"II — Como consecuencia, a que pague inmediatamente a mis poderdantes señoras Mercedes Susana Jimeno vda. de Escobar y Josefina Jimeno vda. de Ponce de León la suma de cuarenta y un mil quinientos noventa pesos, cincuenta y siete centavos ($ 41.590.57) moneda corriente colombiana de la ley y peso en vigor el día 4 de junio de 1939, resto del precio del lote de terreno que, por la escritura mencionada en el punto anterior, el Municipio de Bogotá compró a mis mandantes, para el ensanche de la Avenida Jiménez de Quesada, en el sector comprendido entre las carreras sexta y séptima de esta ciudad, más los intereses de esta cantidad a la rata del seis por ciento anual, desde el 4 de junio de 1939 hasta que el pago se verifique.

"III — Condenar al Municipio le Bogotá a que cumpla inmediatamente el contrato consignado en la escritura pública número 1956, de fecha 27 de septiembre de 1939, corrida ante el señor Notario 3º de Bogotá, y celebrado entre el municipio demandado y mis poderdantes.

"IV — Como consecuencia, que se condene al Municipio de Bogotá a que ejecute inmediatamente el ensanche de la Avenida Jiménez de Quesada, en el sector comprendido entre las carreras sexta y séptima de esta ciudad.

"V — Que se declare que el Municipio de Bogotá ha causado a las demandantes en este juicio perjuicios con el incumplimiento de los dos contratos referidos, en los puntos petitorios anteriores, y de un modo especial con no haber fijado aún el ancho que tendrá la Avenida Jiménez de Quesada en el sector comprendido entre las carreras sexta y séptima, ni trazado aún el paramento definitivo para la edificación del lote o propiedad de las demandantes y situado en las calles quince y Avenida Jiménez de Quesada y entre las carreras sexta y séptima.

"VI — Que se condene al Municipio de Bogotá a pagar a las demandantes Jimeno vda. de Escobar y Jimeno vda. de Ponce de León, el valor o monto de estos perjuicios (lucro cesante y daño emergente), cuya cuantía estimo en veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) moneda corriente, o en lo que por peritos legalmente designados en el curso de este juicio se fije como cuantía de ellos".

Subsidiariamente, pidió el señor apoderado de las demandantes:

"I — Que se declare resuelto por incumplimiento por parte del Municipio de Bogotá, el contrato celebrado por dicha entidad con mis poderdantes y que se halla consignado en la escritura pública número 1956, de 27 de septiembre de 1939, de la Notaría 3ª de Bogotá.

"II — Que se declare igualmente resuelto por incumplimiento por parte del Municipio de Bogotá, el contrato celebrado por dicha entidad con mis mandantes y que se halla consignado en la escritura pública número 2070, de fecha 3 de diciembre de 1937, de la Notaría 3ª de Bogotá.

"En todo caso demando el pago de perjuicios en los términos pedidos con las peticiones principales".

Trabado el juicio el juzgado del conocimiento le puso término a la primera instancia por medio de su sentencia de fecha 10 de junio de 1941, por medio de la cual declaró nulo, de nulidad absoluta, el contrato de transacciónu celebrado entre las señoras Mercedes Susana Jimeno vda. de Escobar y Josefina Jimeno de Ponce de León y el Municipio de Bogotá, de que da cuenta la escritura 1956 de 1939; ordena al Notario 3º de este Circuito y al Registrador de I. P. cancelar la referida escritura y sus respectivas inscripciones; ordena a las actoras restituír al municipio la cantidad de $ 15.000.00 que recibieron en virtud de dicha transacción; declára sin ningún valor y sin efectos las renuncias de derechos y acciones que hacen las demandantes en el contrato de transacción anulado; condena al municipio a cumplir el contrato consignado en la escritura número 2070 de 1937, celebrado entre las actoras y el municipio; condena al municipio a pagar a las demandantes la suma de $ 41.590.57, resto del precio del lote de terreno vendido; ordena al municipio verificar el ensanche de la Avenida Jiménez de Quesada en el sector comprendido entre las ca-

rreras 6ª y 7ª de esta ciudad; declara que el municipio ha causado perjuicios a las señoras de Escobar y de Ponce de León por el hecho de haber incumplido el contrato consignado en la escritura 2070 de 1937; condena al municipio a pagar a dichas señoras la cantidad de $ 21.843.82, valor de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato antes citado; y condena al musicipio a pagar a las susodichas señoras el valor de los honorarios pagados al doctor Jesús María Marulanda, por las gestiones realizadas por éste en orden a conseguir un empréstito para la construcción del edificio proyectado por las demandantes. Sin costas.

La sentencia acusada

Ambas partes litigantes apelaron para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien falló la segunda instancia en sentencia fechada el 23 de julio de 1943, en virtud de la cual revoca la de primer grado y en su lugar resuelve lo siguiente:

1º Condenar al Municipio de Bogotá a pagar a las señoras Mercedes Susana Jimeno vda. de Escobar y Josefina Jimeno vda. de Ponce de León, la suma de cuarenta y un mil quinientos noventa pesos, cincuenta y siete centavos ($ 41.590.57) moneda corriente, saldo del precio de la compraventa recogida en la escritura pública número 2070, otorgada el 3 de diciembre de 1937 en la Notaría 3ª de este Circuito, más los intereses de esa cantidad a la rata del 6% anual desde el 27 de septiembre de 1939 hasta el día del pago.

2º Negar las demás peticiones de la demanda.

3º Sin costas.

El razonamiento que hace el Tribunal para revocar el fallo de primer grado, que era en un todo desfavorable al municipio y para condenar a éste únicamente a pagar a las actoras la cantidad de $ 41.520.57, como saldo del precio de venta de la zona para el ensanche de la Avenida mencionada, está contenido en los siguientes pasos de su sentencia, que para mayor comprensión de las cuestiones que deben dilucidarse en casación pasan a transcribirse:

"El instrumento número 1956 está bien registrado en el Libro 2º, ya se estime lo allí consignado como un aumento de precio, o se aprecie como transacción, porque por medio de él no se traslada, modifica o grava el dominio de un inmueble. Luego se debe recibir como prueba. La dificultad estriba en su interpretación y alcance.

"El Tribunal, guiándose por las normas establecidas en los artículos 1618 a 1624 de nuestro ordenamiento civil, lo interpreta así:

"Constituído el municipio en mora de pagar, las vendedoras Jimeno podían, a su elección, o exigir el saldo del precio con resarcimiento de perjuicios; o la resolución de la venta más los perjuicios consiguientes.

"Optaron por el cobro ejecutivo del saldo.

"Entonces el municipio se obligó a darles la cantidad de $ 15.000.00. ¿Por qué causa? Para imputar al precio de la zona vendida, de modo que el precio estipulado queda aumentado con la citada suma".

"Esta explicación literal no se compadece con la conducta anterior de las vendedoras. Si la zona valía más, lógico era impetrar la resolución de la venta con resarcimiento de perjuicios, aprovechando la mora del comprador. Si optaron por cobrar el saldo del precio, fue porque lo estimaron equitativo. Hay, pues, que buscar otra intención.

"Del contexto de todo el negocio fluye esta: los quince mil pesos se dieron a cambio de que las vendedoras desistieran de la ejecución que habían promovido; y para pagarles los perjuicios que hasta entonces habían recibido por la violación del contrato. Subsiste, por tanto, la obligación contractual de cancelar el saldo del precio, y de indemnizarles los perjuicios nacidos del incumplimiento de esas obligaciones, a partir del 27 de septiembre de 1937 (sic), fecha de la transacción, en adelante.

"No es atendible la opinión del señor Personero Municipal porque lo renunciado por las vendedoras fue "cualquier otro reclamo en contra del municipio **derivado del contrato** contenido en la citada escritura número 2070", más no a los provenientes de la inejecución de las obligaciones allí pactadas. Estos subsisten.

"El perjuicio por la mora de pagar una cantidad de dinero equivale a su interés legal, según el artículo 1617 del C. C.

"Consecuencia de lo expuesto es: que se cumplió lo convenido en la escritura número 1956; que el municipio debe pagar a las vendedoras el saldo del precio estipulado, más los intereses legales de tal cantidad desde la fecha indicada hasta el día del pago.

"Así se fallan las tres primeras súplicas de la demanda".

Considera el Tribunal, además, que la cuarta súplica debe negarse porque el Municipio no se obligó a ensanchar la Avenida Jiménez de Quesada. Ninguna de las cláusulas de los referidos contratos dan fe de tal obligación y así lo reconoce el apoderado de la parte actora. Ni en la escritura 2070 ni en la 1956 se comprometió el Municipio a ampliar esa Avenida, tal como lo creyó el Juzgado y de ahí que se imponga la rectificación de tal concepto y que se deba revocar la condena por perjuicios derivada del incumplimiento de esa prestación, que no existe.

Agrega el Tribunal que como en este juicio no se ha debatido ni siquiera planteado nada sobre indemnización de perjuicios extracontractuales derivados de la posible culpa del Municipio, por no haber demarcado el paramento de la Avenida, ni ampliado la misma vía, se deja a salvo esa acción y no es el caso de hacer las declaraciones condenatorias suplicadas por esa causa.

Recurso de casación

Interpusieron este recurso ambas partes litigantes, por no conformarse con las conclusiones del fallo de segundo grado y lo acusaron por varios de los motivos que señala el artículo 520 del C. J. Por estimar la Corte que es fundado el cargo que le formula el señor Procurador Delegado en lo Civil, como representante legal del Municipio demandado, ocasionando la infirmación total de la sentencia acusada y la absolución de la entidad demandada, se abstiene de entrar a estudiar la demanda de la parte actora y extracta de esta manera el cargo presentado por el personero del Municipio (artículo 538 del C. J.):

1º Acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de derecho y en manifiesto error de hecho en la apreciación de una prueba, por lo cual violó los artículos 1494, 1502, 1602, 1617, 1618, 1622, 1759 y 2483 del C. C. Señala como prueba apreciada erróneamente la escritura pública número 1956, de 27 de septiembre de 1939, pasada ante la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá. Por medio del referido instrumento se elevó a escritura pública el contrato de transacción celebrado entre las actoras, señoras Jimeno y el Municipio de Bogotá, para poner fin tanto a las diferencias ocurridas entre las partes a causa del contrato de compraventa celebrado anteriormente por escritura número 2070 de 1937, como para terminar el juicio ejecutivo que con fundamento en dicha venta seguían las actoras mencionadas contra el Municipio. Los errores que anota el Procurador Delegado pueden extractarse así:

a) Errores de apreciación de las cláusulas tercera y cuarta del contrato contenido en la escritura número 1956 citada. El Tribunal, al darles la interpretación que expone en su sentencia, olvida que el instrumento 1956 contiene una transacción que pone punto final definitivo a la totalidad de las diferencias nacidas de la negociación de venta de la zona para la Avenida, llevada a cabo por medio de la escritura número 2070 de 1937. El juzgador no tiene porqué detenerse a estudiar los supuestos móviles del contrato, las causas que movieron a las vendedoras a aceptar la transacción, sino que sólo le interesa la situación jurídica existente y tiene que fundar su fallo en la existencia de ese pacto transaccional, al que no puede desconocer su valor por estimar que es inequitativo.

b) Errónea apreciación o falta de apreciación de la cláusula quinta de la escritura pública número 1956 de 1939. Sostiene el vocero del Municipio que esta cláusula consta de tres partes: a) obligación de desistir incondicionalmente del juicio ejecutivo; b) renuncia a todo derecho, acción o pretensión proveniente de las causas o motivos que las indujeron a promover acción ejecutiva; y, c) renuncia a todo reclamo contra el Municipio derivado del contrato contenido en la escritura número 2070. Estima el recurrente que el Tribunal ha desconocido valor legal a una transacción de las partes y no ha tenido en cuenta la cláusula quinta del instrumento 1956, en que las actoras renunciaron expresamente a todo derecho, acción o pretensión proveniente del juicio ejecutivo y renuncian igualmente a cualquier otro reclamo derivado del contrato de venta a que alude la escritura número 2070.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

A. — Naturaleza jurídica de la transacción

Sobre la naturaleza jurídica y efectos del contrato de transacción ha reiterado últimamente

esta Corte su doctrina, en sentencia de casación de 12 de diciembre de 1938 (G. J. Tomo XLVII, pág. 479) y de 6 de junio de 1939 (G. J. Tomo XLVIII, pág. 268). De este último fallo son los conceptos que pasan a transcribirse: "La transacción es un contrato bilateral, porque impone obligaciones recíprocas y consensual, porque no está sometido a formalidad especial alguna, salvo que afecte bienes raíces. Debe recaer sobre cosas dudosas, vale decir, sobre derechos cuya extensión y existencia son materia de disputa. Es oneroso, dado que las partes deben hacerse recíprocas concesiones, y por regla general se celebra **intuitu personae**, en consideración a la persona con la cual se celebra. (Artículo 2464, C. C.). En la transacción resuelven las partes por sí mismas sus propias diferencias; constituye uno de los tres medios a que es dado acudir para poner término a las pretensiones encontradas de dos o más personas. Lo que en realidad define y delimita esta figura jurídica es que pone fin a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, sin que en forma alguna signifique que cada sacrificio sea conmutativo y equivalente, sino que cada contendor renuncia voluntariamente una parte de lo que cree ser su derecho. De manera que para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos:: 1º Existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle **sub-judice**; 2º Voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla; 3º Concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin. En ocasiones ocurre que el olvido de estos principios conduce a que se tome por transacción un fenómeno jurídico distinto; también es muy posible que la fórmula transaccional se presente en algunos casos combinada con otras figuras similares, para facilitar sus resultados dirimentes. En tal evento, la convención de ese modo celebrada tendrá carácter mixto, pero tal circunstancia no desfigura la transacción, sino que a cada una de las cláusulas compromisorias habrá que aplicarle la reglamentación legal que le corresponda, hasta donde lo permita la intención de las partes de celebrar una convención, cuyo total depende especialmente del propósito de transigir".

B. — El caso de autos

La escritura pública número 1956 de 1939, cuyo contenido sostiene el señor Procurador Delegado que ha sido apreciado e interpretado erróneamente por el Tribunal, contiene las siguientes cláusulas:

"Entre los suscritos Alberto Zorrilla, en representación del municipio de Bogotá, como Personero Municipal, por una parte que en adelante se llamará en este contrato. El Municipio y Susana Jimeno viuda de Escobar y Josefina Jimeno de Ponce de León, por otra parte que se llamará "las señoras Jimeno", todos mayores y de esta vecindad, se ha celebrado el contrato de transacción contenido en las siguientes cláusulas... Tercera: Practicadas algunas de las diligencias ejecutivas, se iniciaron conversaciones entre las partes en busca de un arreglo amigable que quedó acordado en la forma que se expresa en las cláusulas siguientes. Cuarta: El Municipio se obliga a pagar a las señoras Jimeno, tan pronto como el presente contrato sea elevado a escritura pública y previo el registro de ésta, la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000,00) moneda legal, cantidad que las partes convienen en imputar al precio de las varas cuadradas de terreno que el Municipio adquirió para el ensanche de la Avenida Jiménez de Quesada, por medio de la escritura número dos mil setenta (2.070), de tres (3) de diciembre de mil novecientos treinta y siete (1937), otorgada ante el Notario Tercero de este Circuito, de modo que el precio estipulado en dicha escritura, queda aumentado con la citada suma. Quinta: Las señoras Jimeno se obligan a desistir incondicionalmente del juicio ejecutivo a que se ha hecho referencia en este contrato, inmediatamente después de que éste sea provisto de las aprobaciones que le corresponden; renuncian a todo derecho, acción o pretensión proveniente de las causas o motivos que las indujeron a promover la acción ejecutiva; y renuncian igualmente a cualquier otro reclamo en contra del Municipio derivado del contrato contenido en la citada escritura número dos mil setenta (2.070), de tres (3) de diciembre de mil novecientos treinta y siete (1937)".

Al estudiarse y apreciarse la anterior convención transaccional, tanto en su conjunto como al tenor de las cláusulas tercera y cuarta, se tiene que el Municipio había retenido o conservado en su poder la cantidad de $ 41.590,57, como parte del precio de venta de la zona, destinada esa suma de dinero a cubrir el futuro impuesto de valorización proveniente del ensanche de la Avenida Jiménez de Quesada, progreso urbano que favorecía notablemente la propiedad raíz de las actoras. Comoquiera que el Municipio no hizo dicho ensanche ni

adelantó los trabajos consiguientes, dentro del plazo de 18 meses prefijados en la escritura número 2.070, debía devolver la mencionada suma de dinero y a obtener esto se encaminó el juicio ejecutivo. Y aquí vino la transacción contenida en el instrumento 1.956, en cuya virtud se suspende la ejecución, convienen las actoras en continuar dejando en poder del Municipio la suma antes indicada de $. 41.590,57, como pago anticipado de un futuro impuesto de valorización que necesaria y fatalmente tenían que cubrir las señoras Jimeno; y a cambio de tales concesiones y renuncias de derechos obtienen que se aumente el precio total de la venta, señalado antes en la escritura 2.070, en la cantidad de quince mil pesos ($15.000,00).

Es verdad que las vendedoras podían reclamar la devolución de la suma mencionada y así lo hicieron por la vía ejecutiva. Pero por acuerdo libre de las partes convinieron más tarde en dejar tal cantidad en el erario municipal, a título de pago anticipado del impuesto de valorización también pendiente, recibiendo a cambio, como compensación transigible de tal renuncia, la suma de quince mil pesos, como un aumento del precio total de la venta. Esta es la realidad y no otra del convenio posteriormente celebrado, en cuya virtud ambas partes lograron transigir sus diferencias, haciéndose recíprocas concesiones. Al dejar la cuota pendiente del precio en manos del Municipio, en nada se perjudicaban las vendedoras porque tal suma de dinero ya la habían entregado como valor de un impuesto de valorización que de todas maneras tenían que cubrir, limitándose cuando mucho a pagarlo anticipadamente. A cambio de ese posible sacrificio ganaban un aumento de precio de quince mil pesos, que le fue cubierto por el Municipio.

De ahí que estime la Corte acertada la consideración que hace el señor Procurador Delegado cuando dice: "De manera que la actitud de las vendedoras fue perfectamente lógica y humana. El Municipio les debía $ 41.590,57, o más exactamente, el Municipio debía devolverles esa suma que ellas habían dejado en su poder por concepto de un impuesto. Las vendedoras reclamaron ese pago y se llegó a una transacción, en virtud de la cual el Municipio no devolvió esa suma —la mantuvo para pagarse su impuesto— y en cambio les entregó a las señoras Jimeno quince mil pesos".

Sólo de esa manera y con vista de tales antecedentes, al hacerse las partes como se hicieron recíprocas concesiones de fondo —la una dejando el saldo del precio en manos del Municipio para cubrir un futuro impuesto, y la otra recibiendo un aumento del precio como compensación— es como viene a tener amplia explicación y justificación la renuncia que hacen las actoras en la cláusula quinta del contrato de transacción, cuando "renuncian a todo derecho, acción o pretensión proveniente de las causas o motivos que las indujeron a promover la acción ejecutiva; **y renuncian igualmente a cualquier reclamo en contra del Municipio derivado del contrato contenido en la escritura número 2.070, de 3 de diciembre de 1937".** (Subraya la Corte).

Si, pues, la convención celebrada fue de transacción, destinada a terminar extrajudicialmente un litigio pendiente y a precaver otro eventual; si lo que caracteriza esta clase de pactos es el sacrificio recíproco del derecho que cada una de las partes pretende poseer, sin que sea necesario que tales renunciaciones sean estrictamente equivalentes; si cada una obtuvo un beneficio del arreglo amigable, que estimaron como suficientemente compensatorio; y si esa fue la voluntad de las partes claramente manifestada, no ha debido el Tribunal entrar a buscar intenciones o móviles ocultos distintos de los expresamente indicados en el instrumento notarial que se estudia, ni menos sostener, como lo hizo, que la explicación literal del convenio transaccional, es decir que el Municipio entregó los quince mil pesos para aumentar con esa suma el precio de la venta, no se compadece con la actitud de las vendedoras. Y es que el Tribunal no tomó en cuenta que lo ocurrido en realidad fue que las actoras recibieron ambas sumas de dinero, dejando la primera en poder del Municipio para pago de un futuro impuesto y recibiendo la segunda como mejora cuantitativa del precio acordado. Por eso renunciaron a todo derecho o acción tanto derivado del juicio ejecutivo como del contrato de venta que reza la escritura 2.070. Quedó ampliamente definida la situación de las partes y transigidas todas las diferencias nacidas del primitivo pacto y del incumplimiento del Municipio al no realizar el ensanche y fijación del paramento de la Avenida Jiménez de Quesada, dentro del plazo de 18 meses especialmente acordados.

Debe prosperar, por lo tanto, el cargo formulado por el representante del Municipio y reconocer que incurrió el Tribunal en errores (sic) manifiesto de hecho en la apreciación de la escritura número 1.956 de 1939. Como consecuencia obli-

gada, se debe quebrar el fallo acusado en casación, que condena al Municipio a pagar la suma de $ 41.590,57; y al entrar esta Sala a fallar como tribunal de instancia, son suficientes las razones expuestas para absolver al demandado de todos los cargos que se le formulan en este proceso.

Por lo demás, no es el caso de entrar a estudiar el fenómeno de la nulidad absoluta, como lo hizo el Juez de primer grado, porque ella no aparece de manifiesto en los autos, al tenor del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, conclusión a que se llega con un somero estudio de los instrumentos notariales cuya interpretación ha sido materia principal de esta controversia.

FALLO:

En mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 23 de julio de 1943 y previa revocación de la de primera instancia, dictada el 10 de julio de 1941, ABSUELVE al Municipio de Bogotá de todos los cargos que se formulan en el libelo de demanda.

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

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

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

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR ACCIDENTE DE TRAFICO

1.—Cuando se trata de responsabilidad por culpa contractual, según los autores y la jurisprudencia, no hay lugar a la reparación de daños morales. Esta circunstancia de ser estéril la responsabilidad contractual para la reparación del perjuicio consistente sólo en sufrimiento moral es precisamente una de las muchas modalidades que la deferencian de la que se genera en la culpa aquiliana.

2.—La condición de que el dictamen pericial esté debidamente fundamentado, que es lo esencial de esa prueba, corresponde calificarla al Juez sentenciador, quien la acepta o la niega para otorgar o negar fuerza probatoria al dictamen.

3.—El artículo 95 del Código Penal nó ha tenido aplicación sino en tratándose de fijar el PRETIUM DOLORIS, pero en manera alguna respecto de los perjuicios morales propiamente dichos, que por ser objetivables sobre el patrimonio material pueden ser avaluados probatoriamente.

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

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca).

El día 29 de junio de 1940, Rafael Gutiérrez G. compró tiquete de pasaje en la Flota Villavicencio, empresa de transportes de propiedad de Abraham Benito, quien personalmente la administraba, para viajar de la población de Cáqueza a Villavicencio. Emprendió viaje Gutiérrez en la camioneta despachada por el empresario a la una de la tarde del citado día, conducida por el chofer Antonio Rodríguez, empleado del empresario de transportes, y en una curva de la carretera, a inmediaciones del sitio de Chirajara, el vehículo se salió del camino y rodó por un precipicio de varios metros. A consecuencia de este accidente resultaron heridos muchos de los pasajeros, entre ellos, el citado Rafael Gutiérrez, gravemente lesionado y quien falleció pocos momentos después del siniestro.

En este hecho tiene origen este juicio sobre responsabilidad civil, iniciado ante el Juzgado del Circuito de Cáqueza por Orosia Gutiérrez, madre del muerto, en su propio nombre, contra Abraham Benito, en demanda fechada el 19 de mayo de 1941, en la cual pide que se declare:

"1º—Que el señor Abraham Benito es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales resultantes de la muerte trágica de mi hijo legítimo Rafael Gutiérrez G., ocurrida el 29 de junio de 1940 a consecuencia del accidente de tránsito sufrido por un bus o camioneta perteneciente a la empresa de transportes que en esta ciudad tiene y explota el demandado.

"2º—Que el señor Benito debe pagarme, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o en la fecha que usted señale, la suma de $ 15.000 como valor de los perjuicios materiales y morales mencionados, o la cantidad que oportunamente se fije por ese concepto conforme al procedimiento legal".

Esta demanda indemnizatoria, fundada en el hecho esencial de que la muerte del hijo le causó a la madre demandante un gran dolor y la privó del beneficio y asistencia material que le proporcionaba el muerto, apoyada en las disposiciones del título 34 del libro 4º del Código Civil, fue dada en traslado al demandado, quien negó sus hechos fundamentales y se opuso a sus pretensiones. Tramitada legalmente la primera instancia del juicio, fue sentenciado por el Juzgado del Circuito el 23 de enero de 1942, condenando al demandado, como responsable del hecho referido, a pagar a la actora la suma de $ 1.200, como indemnización de los perjuicios morales sufridos por ella. En razón de los perjuicios materiales se absolvió al demandado, por no aparecer como ciertos en el juicio, y se le condenó en las costas del grado.

Sentencia acusada

Apelada por ambas partes esta sentencia, subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, donde tramitada legalmente la instancia, se decidió definitivamente en sentencia del 26 de mayo de 1944, en que fue reformada la recurrida así: se declara civilmente responsable al demanda-

do por los perjuicios materiales y morales subjetivos causados por el accidente descrito en la demanda, por los primeros en la cuantía que se fije por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial y por los segundos, en la suma de $ 2.000, según justiprecio del Tribunal. Se le absuelve por los perjuicios "morales objetivados" y se le condena también en las costas del segundo grado.

Consideró el Tribunal, a diferencia del Juzgado del Circuito, que esta acción de indemnización proviene de una culpa contractual, consistente en el incumplimiento de las obligaciones que corresponden al acarreador en el contrato de transporte, que es la fuente de la responsabilidad demandada.

Así planteó y decidió la cuestión del litigio, no obstante, como lo advierte en su sentencia, que el actor situó su demanda dentro del título 34 del libro 4º del Código Civil: "La actora no demanda para la sucesión —dice el Tribunal— sino en su propio nombre, porque los perjuicios a que la acción se refiere los deriva de la muerte de su hijo y como infligidos a su patrimonio exclusivo, lo que llevó al Juzgado a considerar en la sentencia de primera instancia que se trataba de culpa extracontractual. Pero nada impide que, si el demandado no desvirtuó su responsabilidad civil, se le tenga como responsable del perjuicio que a la actora le ocasionó con la violación del contrato de transporte, desde luego que se halla debidamente acreditado que como madre legítima, a falta de padre y de descendientes, tiene personería suficiente como heredera del hijo fallecido para reclamar, como tal, los perjuicios que personalmente recibió, sin que sea necesario que reclame para la sucesión porque el daño lo recibió personalmente".

Interpolados aparecen en la sentencia los elementos jurídicos de la responsabilidad por culpa aquiliana y la que proviene de incumplimiento de obligaciones contractuales. Se adopta como fuente el contrato de transporte celebrado por Rafael Gutiérrez con Abraham Benito, administrador y dueño de la Flota Villavicencio, pero en el desarrollo del fallo se estudia puntualmente, con alusión y cita de las pruebas correspondientes, la manera como ocurrió el siniestro para deducir la culpa del conductor del vehículo como dependiente del demandado; la insuficiencia probatoria con que se ha alegado el caso fortuito como motivo exonerante de la responsabilidad, y la existencia y causalidad de los perjuicios materiales y morales determinados por el hecho, los últimos representados por el dolor de la muerte del hijo y justipreciados arbitrariamente por el fallador con base en el artículo 95 del Código Penal, según conocida jurisprudencia de la Corte.

El recurso

Recurrió en casación el apoderado de la parte demandada invocando para su recurso las dos primeras causales del artículo 520 del Código Judicial. En el orden y con la separación con que los trae la demanda se consideran las acusaciones contra la sentencia:

I.—Violación de los artículos 1602, 2070, 2077 y 1495 del C. C. y 258 del C. de Co., en que incurre el Tribunal al aceptar que un tercero, que no se ha presentado al juicio como heredero de uno de los contratantes, puede reclamar perjuicios por el incumplimiento presunto del contrato, cuando es evidente, según la doctrina de las precitadas disposiciones, que los efectos de los contratos se circunscriben a las partes contratantes y a sus herederos.

Se considera

Los términos inequívocos en que está concebida la demanda, los fundamentos de hecho y las disposiciones legales invocadas en su apoyo, no dejan lugar a duda sobre que Orosia Gutiérrez ha demandado en este juicio para sí y en su propio nombre. Así está escrita la parte petitoria de su libelo, que se basa en el siguiente hecho cardinal, aducido como fuente de su derecho: "La supresión trágica de la vida de Rafael me causó y me causa incurable dolor que también han sufrido sin medida sus hermanos y hemos quedado privados de los beneficios morales y materiales que en forma creciente nos proporcionaba".

La circunstancia de haber ocurrido la muerte accidental de Rafael Gutiérrez durante el desarrollo y cumplimiento del contrato de transporte que él celebró con Abraham Benito para su traslado automoviliario de Cáqueza a Villavicencio, indujo al Tribunal a la situación del problema jurídico de la responsabilidad en el campo del derecho contractual considerando que el empresario del transporte, responsable legalmente no sólo de sus propios hechos sino de los de sus agentes y sirvientes, incumplió su obligación principal de rendir su viaje sin perjuicio ni detrimento de sus pasajeros, obligación ésta demandable por los herederos del muerto, porque como las demás relaciones originadas en el contrato de transporte, es transmisi-

ble por causa de muerte. Pero no fue esta la manera como la demandante enfocó la cuestión jurídica de la responsabilidad, porque ella no ha ejercitado la acción de indemnización dentro de las vinculaciones de derecho originadas en el contrato de transporte, ni alegado incumplimiento de ninguna obligación convencional como fuente de su demanda, para lo cual hubiera tenido necesidad de haber demandado como heredera de su hijo y en interés de su sucesión para haberle reconocido personería sustantiva suficiente para el uso de esa acción heredada. Orosia Gutiérrez se ha colocado al margen de toda relación jurídica preexistente, ha procedido como un tercero respecto del contrato de transporte, y ha pedido para ella con fundamento en haber sufrido un daño personal y directo determinado por el hecho que privó de la vida a su hijo, y cuyo acaecimiento, sin necesidad de antecedente jurídico ninguno, ha generado, en el terreno de la responsbailidad civil extracontractual, las vinculaciones de acreedor y deudor entre la actora y su demandado.

El confusionismo de las dos especies inconfundibles de responsabilidad civil, dentro del cual se desenvuelve la sentencia del Tribunal, lo conduce lógicamente a equivocaciones jurídicas, constitutivas, asimismo de violaciones legales, como es la condena que se hace en la sentencia por perjuicios morales de afección (**pretium doloris**), en cuantía fijada por el arbitrio judicial, cuando tratándose de responsabilidad por culpa contractual, según los autores y la jurisprudencia, no hay lugar a la reparación de daños morales como los de que aquí se trata. Esta circunstancia de ser estéril la responsabilidad contractual para la reparación del perjuicio consistente sólo en sufrimiento moral es precisamente una de las muchas modalidades que la diferencian de la que se genera en la culpa equiliana.

Erró, pues, el Tribunal al plantear la cuestión de responsabilidad como proveniente de la violación de un contrato, desconociendo así que fue el accidente de tránsito ocurrido en la carretera de oriente el día de San Pedro de 1940, en sí mismo, como una culpa ex-contrato, la verdadera y legal fuente de la obligación de indemnizar que se demanda en este pleito, lo que indudablemente constituye quebranto de las disposiciones legales sustantivas que el recurrente cita en la formulación de este cargo, que habría sido mejor ajustado a la técnica de casación si se hubiera fundado en error de hecho en la interpretación de la demanda. Mas, a pesar de esta ilegalidad en que incurrió el sentenciador al atribuir a la indemnización pedida una fuente distinta y equivocada de la que señaló el demandante, no es posible quebrar el imperio de la sentencia acusada, porque dándole a la cuestión propuesta de responsabilidad civil el emplazamiento que jurídicamente le corresponde al tenor de la demanda, la solución no puede ser distinta de la adoptada por el Tribunal en su decisión de segunda instancia. Para estas ocurrencias en que el estudio a fondo de la controversia abre un camino que conduce a la misma solución que del negocio trae el fallo recurrido, entiende la Corte que cumple su función rectificando la doctrina sin casar la sentencia acusada.

El planteamiento que exactamente corresponde a esta controversia sobre responsabilidad civil, teniendo en cuenta la demanda y las pruebas producidas, es el del caso previsto y gobernado en el inciso 4º del artículo 2347 del C. C., una de las disposiciones citadas como fundamento de la acción, concerniente a la responsabilidad de empresarios y empleadores por daños resultantes a terceros por virtud de actos de sus subordinados con ocasión del servicio que prestan. En estas circunstancias la culpa del empleado repercute en el empleador o empresario quien así resulta por disposición de la ley sujeto de una presunción de responsabilidad fundada en mala elección o falta de vigilancia. Todos los elementos que jurídicamente integran este caso de responsabilidad civil por el hecho de otra persona, aparecen establecidos con suficiencia probatoria en estos autos, y como se dijo ya, discriminados y analizados en diversos capítulos de la sentencia bajo los encabezamientos de Prueba del siniestro, La responsabilidad civil, Exculpación y Los perjuicios. Allí, con cita de las pruebas atinentes, se demuestra la existencia del accidente en que sufrió Gutiérrez sus heridas mortales, el mecanismo del siniestro en que es visible la culpa del chofer Rodríguez, la calidad de empresario de transportes y dueño del negocio del demandado Benito, el vínculo de subordinación y dependencia del conductor del vehículo en el cumplimiento de su tarea y en relación con el demandado, y finalmente, la existencia y realidad del daño sufrido por la demandante como consecuencia de la cesación del apoyo y ayuda económico que le prestaba su hijo, sobre lo cual se produjo prueba suficiente que servirá de base para la avaluación, el monto de la indemnización, y el justiprecio prudencial y arbitrario del daño moral de afección

representado en el dolor que a la madre le causó la muerte trágica del hijo.

No puntualiza la Sala las pruebas correspondientes ni se detiene más en el estudio de estos factores integrantes de la responsabilidad declarada por el Tribunal, porque en el recurso no se ataca pormenorizadamente las bases probatorias de las conclusiones que al respecto contiene la sentencia, conclusiones éstas que por efecto del entreveramiento que se hizo de las dos clases de responsabilidad en la parte motiva, no en la resolutiva del fallo, son utilizables dentro de la apreciación jurídica que la Sala hace del caso, coincidente con la visible en la sentencia de la primera instancia, para sostener la solución condenatoria.

II.—El Tribunal violó los artículos 1502, 1503, 1504, 1740, 1741, 1747, 1759 y 1602 del C. C. y 262 y 263 del C. de Co. al darle validez plena y operancia al presunto contrato de transporte celebrado por Rafael Gutiérrez con la Flota administrada por el demandado Benito, porque tal contrato no puede ser válidamente celebrado sino por personas capaces y Rafael Gutiérrez era un menor de edad al tiempo de celebrarlo.

Se considera

Descartado como quedó, según el aparte anterior, el origen contractual de la culpa generadora de la responsabilidad declarada en la sentencia sin afectar su parte resolutiva, la consideración de este cargo, vinculado a la capacidad para celebrar el contrato de transporte, queda sin objeto y baldía. Por lo demás, esta cuestión de nulidad relativa, no susceptible de declaración judicial oficiosa, no es punto que esté **sub judice**, de suerte que por versar esta acusación sobre un aspecto del litigio no propuesto ni agitado en forma alguna durante las instancias del juicio, habría que desestimarla, de haber utilidad en su estudio, como medio nuevo en casación.

III.—"La sentencia acusada viola por no aplicación, o aplicación indebida y por equivocación en la apreciación o falta de apreciación de determinadas pruebas" (sic), los artículos 1604, 2072, 2073 y 2077 del C. C. y los artículos 722 y 723 del C. J. "Estos artículos —dice el recurrente— disponen en sustancia que se es responsable en los casos de incumplimiento de un contrato, a excepción de aquellos en que ha habido fuerza mayor o caso fortuito y en que la persona obligada ha procedido con la prudencia y diligencia que todo hombre prudente emplea en el manejo de sus propios negocios". Al desechar el Tribunal el dictamen pericial como prueba del caso fortuito incurrió en errores de hecho y de derecho que lo indujeron a la violación de los precitados textos legales.

Se considera

Se coloca aquí el recurrente, para atacar la sentencia recurrida en cuanto no declaró probada la excepción de caso fortuito, como causa exonerativa de la obligación del acarreador o empresario de transporte, en el campo de la culpa contractual, a pesar de que en su primer cargo lo consideró como situación jurídicamente inadecuada para el problema del pleito. También podría estimarse inútil e improcedente el estudio de este cargo por quebranto de disposiciones reglamentarias del contrato de transporte, después de que la Sala ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad civil declarada a cargo del demandado Benito sigue siendo justa y legal desvinculada del incumplimiento contractual y conectada exclusivamente a una culpa aquiliana.

Sin embargo, se formulan unas breves consideraciones conducentes a mostrar por qué la Sala estima que el Tribunal no se equivocó de hecho ni de derecho en la apreciación de las pruebas sobre el caso fortuito.

En capítulo que lleva el epígrafe "Exculpación" se estudia pormenorizadamente en la sentencia lo relativo a la prueba del hecho alegado como exonerante de la responsabilidad, especialmente a la luz del dictamen pericial producido para descubrir la causa determinante del siniestro automoviliario. Se ha sostenido que tal causa residió en un daño de la dirección del vehículo; pero en realidad, como lo advierte el Tribunal al analizar los fundamentos del experticio, no resulta fehacientemente demostrada esta causalidad accidental; porque fuera de que en todo caso la causa se vincularía a una calidad defectuosa del mecanismo, el concepto de los dos peritos que señalan la falta de la tuerca, los dados y el resorte que va sosteniendo el codo de la dirección, como el motivo determinante de que la camioneta se saliera del camino, no puede estimarse como fundamento cierto y respetable del dictamen, porque el examen se hizo días después del suceso sobre la camioneta destrozada completamente, hasta el extremo de que lo único que conservaba su integridad era el chasís, parte del motor y las llantas. Sobre el total es-

trago de la máquina resulta realmente arbitrario adjudicar la causa a una de las piezas despedazadas.

Esta la razón, al lado de otras muchas, para que el Tribunal concluyera que "ninguna prueba suministra, por consiguiente, el dictamen de los peritos para establecer la existencia del caso fortuito".

Infundado en estas circunstancias decir que el sentenciador incurrió en error de derecho al justipreciar el mérito de esta prueba porque, como lo tiene establecido la Corte en reiterada y explicada jurisprudencia, la condición de que el dictamen pericial esté debidamente fundamentado, que es lo esencial de esa prueba, corresponde calificarla al Juez sentenciador, quien la acepta o la niega para otorgar o negar fuerza probatoria al dictamen. Y más infundado aún alegar error de hecho, porque la evidencia contraria no es visible ni manifiesta en el dictamen mismo. No sobra advertir, en corroboración de la tesis de la sentencia, que en el proceso militan elementos de convicción, en cuyo mérito también se apoya el fallo acusado, que excluyen la posibilidad del error de hecho, tales como los testimonios de José Ramón Daza (f. 26 C. 3), Benjamín Gutiérrez (f. 16 íb.), Laureano Landino (f. 16 C. 6), Miguel Antonio Cantor (f. 17 C. 6) y muchos otros pasajeros en la camioneta que hacen referencia y afirmación del hecho de que al lado del chofer Rodríguez iba una mujer con quien éste iba jugando y que marchaba a excesiva velocidad, cosas que motivaron el que varios de ellos le llamaran la atención "porque los podía echar a botes", según la expresión que usan.

IV.—Violación del artículo 95 del C. P., porque "la sentencia acusada —dice el recurrente— condena a mi representado por perjuicios morales subjetivos y lo absuelve por los perjuicios morales objetivados; pero si por los primeros condena al máximo de la suma, ¿qué podría imponer por ambos en caso de que no hubiera absuelto por los perjuicios objetivados?"

Se considera

La citada disposición del C. P., que autoriza al Juez para fijar prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de $ 2.000, cuando no fuere posible avaluar pecuniariamente el daño moral, se ha utilizado también, según sostenida jurisprudencia de la Corte, como criterio orientador de los Jueces Civiles, para la avaluación del perjuicio llamado moral afectivo, según la clasificación adoptada, por considerar que este "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" (G. J., Tomo LII, pág. 212). El texto en cita, como se ve, no ha tenido aplicación sino en tratándose de fijar el **pretium doloris**, pero en manera alguna respecto de los perjuicios morales propiamente dichos, que por ser objetivables sobre el patrimonio material pueden ser avaluados probatoriamente.

Este cargo, por lo demás, no es propiamente constitutivo de una acusación de ilegalidad contra la sentencia del Tribunal, porque se quiere fundar en una situación de irrealidad e hipótesis que no ofrece base de estudio a la Sala.

Causal segunda.—En un breve capítulo final de la demanda se acusa la sentencia por incongruencia, que hace consistir en que habiendo la actora demandado indemnización en nombre propio por perjuicios causados extracontractualmente, la sentencia condena al pago de daño proveniente de incumplimiento de un contrato.

No es tampoco procedente esta acusación por la segunda de las causales que enumera el artículo 520 del C. J., por falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, inconsonancia que en este caso no existe porque la resolución que contiene el fallo acusado declara una responsabilidad que no vincula a culpa contractual y condena a una indemnización en favor de la demandante personalmente, de acuerdo en un todo con el libelo de demanda. La incongruencia que se contempla en esta causal de casación por quebrantamiento de forma es en relación con la parte resolutiva de la sentencia, que es donde se concentra su imperio. Y en este caso, como detenidamente se vio al estudiar el primer cargo por el motivo primero, lo que ocurre en realidad es que se ha hecho una motivación, en parte equivocada, de una resolución acertada. La ilegalidad, que en esto pueda hallarse, vinculada al estudio sobre la verdadera y jurídica causa de la responsabilidad controvertida, es ma-

teria de la causal primera que versa sobre la aplicación de la ley sustantiva. Este aspecto ya quedó definido al comienzo de este fallo y de acuerdo con las observaciones que al respecto formula el recurrente en torno del verdadero fundamento jurídico de la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de mayo de 1944, que ha sido materia de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

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

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

1.—La demanda, que es la pieza esencial de todo proceso judicial, es un acto libre de quien pretende la protección jurisdiccional del Estado, y como los jueces carecen en el ejercicio de su jurisdicción civil de toda iniciativa para la escogencia de las acciones o vías legales, abiertas a la elección de los interesados, es preciso darle a las demandas el sentido y alcance que inconfundiblemente se desprenda de sus términos.

2.—La inconsonancia a que alude la causal 2ª del artículo 520 del C. J. no es entre las pretensiones del actor y el éxito esperado del pleito, sino entre la demanda y demás pretensiones, oportunamente deducidas por los litigantes, y la parte resolutiva de la sentencia en cuanto ésta se separe arbitrariamente de esa pauta obligatoria, con desconocimiento del principio de derecho procesal consignado en el artículo 471 del Código Judicial.

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

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca)

En libelo de demanda fechado el 14 de octubre de 1940, dirigido al Juez del Circuito de Río de Oro (Magdalena), Angelina Carrascal de Arévalo afirmó como hechos fundamentales de la petición que luego se dirá, los siguientes:

Que por medio de la escritura pública número 645, otorgada el 26 de noviembre de 1924 en la Notaría de Ocaña, vendió a Elio Navarro, Emilio López P. y Saúl Villamizar H. los predios rurales de Sucre y Santa Helena, ubicados en el corregimiento de Los Angeles del Municipio de Río de Oro, con unos semovientes, todo por el precio de $ 10.000, que los compradores pagarían así: $ 5.000 de contado, $ 1.000 al vencimiento de un año; $ 1.000 al cumplirse otro año, esto es, el 26 de noviembre de 1926, y los $ 3.000 restante en la forma estipulada en el documento privado, suscrito el día siguiente y a que se hace alusión en la escritura. Para garantizar el cumplimiento de este pago los compradores hipotecaron las mismas fincas que compraron.

El documento privado a que se hizo referencia, suscrito por Emilio López, Saúl Villamizar y Angelina Carrascal, dice en lo pertinente: "Que hemos convenido en que los últimos $ 3.000 a que se refiere el instrumento público número 645 otorgado en esta Notaría el día 26 de noviembre del año en curso, podrán retenerlos los compradores, si al vencimiento del año de 1927, no estuviere arreglado por la vendedora, cualquier reclamo que quiera ocurrir respecto a los derechos en las fincas Sucre y Santa Helena, a que el instrumento se refiere de los hijos del señor Canaan Yunes, y mientras se verifica ese arreglo. Mas, si dentro del lapso dicho, ya se hubiere efectuado tal arreglo, esta cláusula se considera como no puesta y el presente documento sin valor alguno cuanto a la retención, verificándose entonces el pago de los $ 3.000 reseñados en esta forma: $ 1.000 el 27 de noviembre de 1927; $ 1.000 el 27 de noviembre de 1928, y $ 1.000 el 27 de noviembre de 1929".

Que hasta la fecha a que se alude en el precitado documento no ocurrió reclamo alguno por parte de los hijos de Canaan Yunes, por lo cual "los acreedores hipotecarios" están en mora de pagarle los $ 3.000 restantes del precio de la venta.

Que por escritura pública número 1162, otorgada en la Notaría 1ª de Cartagena el 29 de agosto de 1928, contentiva de la liquidación de la sociedad comercial "Luis Jaramillo M. & Cía.", Elio Navarro quedó con la obligación de cancelar la deuda de los referidos $ 3.000, deuda ésta que ni Navarro, "ni los acreedores primeramente obligados" han cumplido y están en mora de cumplir.

Luego de enunciar estos hechos y el de que el nombrado Elio Navarro es hoy dueño y poseedor de los bienes afectos al pago de la deuda, de modo que podría perseguir con acción real las fincas hipotecadas, puesto que de acuerdo con el artículo 2452 del C. C. la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, advierte expresamente Angelina Carrascal de Arévalo, que por consideracio-

nes que no tiene para qué decir, prescinde de la acción real y ejercita simplemente la acción personal contra el deudor hipotecario, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 95 de 1890. Y así en el libelo ya citado, demanda por la vía ordinaria a Elio Navarro para que se le condene a pagarle la suma de $ 3.000 con sus intereses convencionales devengados y los que se devenguen hasta el día del pago, más las costas judiciales.

Se opuso Elio Navarro, a las pretensiones de la actora al descorrer el traslado de la demanda, negando estar obligado al pago de la suma que se le cobra porque él no intervino en el contrato de venta de la escritura 645. Afirma el demandado que él no tiene ninguna obligación para con la demandante "quien sólo puede cobrar a los señores López y Villamizar, o a quien justamente le deba, siempre que acredite haber cumplido las condiciones a que está obligada, según el documento acompañado por ella".

Agotada la tramitación correspondiente, fue desatada la litis en sentencia definitiva de primer grado el 25 de junio de 1942, en que se absolvió al demandado Navarro de todos los cargos de la demanda y se condenó a la actora al pago de las costas "y a todo lo demás a que hubiere lugar de conformidad con el derecho procesal".

Sentencia acusada

Se surtió la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta por haber apelado la parte demandante de la sentencia del Juzgado del Circuito, la cual fue confirmada por la del 23 de marzo de 1944. Sin costas en el grado.

Con vista de las pruebas escriturarias relacionadas en los hechos fundamentales de la demanda, estudia el Tribunal cuál es la situación que corresponde al demandado en la presente controversia, y llega a la conclusión de que la deuda demandada "no existe en cabeza de Navarro". No figura éste, contra lo que asevera la actora en el primero de los hechos de su libelo, entre los compradores de sus fundos Sucre y Santa Helena, hipotecados en garantía de parte de su precio, según la escritura 645 del 26 de noviembre de 1924. Los obligados con la actora, según se deduce de los títulos aducidos por ella con su demanda, por razón del negocio de las fincas en el Distrito de Río de Oro, son sus compradores López y Villamizar. No ejercitándose, como inequívocamente se advierte en la demanda, la acción real hipotecaria contra el poseedor de los inmuebles, sino la acción personal contra el deudor, no se ha demostrado que Elio Navarro esté en manera alguna obligado personalmente para con Angelina Carrascal de Arévalo por la suma que fija en su demanda como proveniente de parte insoluta del precio de sus fundos vendidos.

Este es el fundamento esencial y suficiente de la sentencia acusada, y el único que interesa para la solución del recurso. Sin embargo, el Tribunal, después de concluir que no se ha probado que Elio Navarro esté obligado personalmente para con la demandante por razón de la deuda que le cobra en este juicio con acción personal y directa, estudia también, a mayor abundamiento, "si la susodicha obligación es cobrable en la actualidad y si siéndolo, debe el señor Navarro pagarla aunque sea por cuenta y orden de los legítimamente obligados a ello", y llega a la conclusión de que tampoco podría prosperar por este aspecto la demanda. Se refiere esta parte de la sentencia a la cuestión, muy debatida en las instancias, referente a lo pactado en el documento privado entre la actora y López y Villamizar sobre la retención de los $ 3.000 por efecto de los reclamos de los hijos de Canaan Yunes, cuestión ésta que apenas se menciona sin puntualizarla, porque la Corte no necesita llegar en su estudio del recurso hasta ese fundamento secundario del fallo acusado.

El recurso

Perdidosa en ambas instancias, la demandante interpuso oportunamente recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, invocando para su acusación las dos primeras causales del artículo 520 del C. J.

Por el primer motivo y en primer lugar afirma el recurrente que la sentencia es violadora de los los artículos 2448, 2452 y 2453 del C. C. por haberlos dejado de aplicar como consecuencia del "error de derecho" en que incurrió al apreciar la demanda, consistente en haber visto en ella el ejercicio exclusivo de una acción personal y no la real persecutoria de los bienes gravados que corresponde al acreedor hipotecario. "Por la vía ordinaria —dice el recurrente— la demandante ha perseguido el pago de un crédito hipotecario constituído a su favor por instrumento público idóneo debidamente registrado, e indicó como obligado a Elio Navarro. Este había adquirido los predios

hipotecarios de anteriores deudores y, al tiempo de la demanda, era poseedores regular de aquellos bienes. Sin embargo, de esto, el Tribunal, a pesar de las voces de la demanda y la respuesta, entiende que se trata de una acción personal erradamente dirigida contra aquél, de quien dice que no tiene la calidad de obligado".

Considera la Sala

Este cargo es el único importante y trascendental de los que trae la demanda, porque es el que se endereza contra la conclusión esencial en que se sustenta el fallo acusado. No obsta para su consideración la circunstancia de que equivocadamente se formule como efecto de error de derecho, ya que el Tribunal, de haber errado en la apreciación de la demanda, habría sido por errónea interpretación del libelo, manifiesta en ella misma, y no por sobreestimación ni subestimación del mérito probatorio que corresponde a tal pieza procesal.

Averiguando y determinando la naturaleza de la relación jurídica que constituye el objeto de la acción incoada es como se deduce la calidad de real o personal que corresponde a la ejercitada en cada caso, cuando esá calidad de la vinculación de derecho, sobre la cual se pide la providencia jurisdiccional, no aparece claramente establecida. En el caso de autos no se encuentra dificultad sobre el particular, ni es preciso ocurrir al análisis jurídico para descubrir si en la demanda original se ha ejercitado la acción real que corresponde al acreedor hipotecario, como lo afirma el recurrente, o si se ha incoado simplemente la acción de pago contra el que se considera personalmente obligado, como lo entendió el Tribunal. Y no hay dificultad porque los términos en que está concebida la demanda no dejan lugar a ninguna duda.

En la demanda con que se dio comienzo a este litigio, según ya se vio, la demandante Carrascal de Arévalo, después de expresar los hechos fundamentales de su acción y de advertir que Elio Navarro es dueño y poseedor de las fincas afectas al pago, en un capítulo que intitula "Derecho" recuerda el contenido de los artículos 2448 y 2422 del C. C. y dice que "el derecho del acreedor hipotecario es, pues, un derecho real, en cuyo ejercicio puede perseguir la finca en poder de quien estuviera, condición específica que lo diferencia sustancialmente de las simples obligaciones personales", para luego concluir con la siguiente expresa declaración:

"De acuerdo con lo expuesto, yo podría perseguir directamente las fincas hipotecadas, demandando que se vendiesen en pública subasta o que se me adjudicasen, con sujeción a las normas procedimentales citadas (título XLII, libro II del C. J.). Pero en virtud de consideraciones que no tengo para qué consignar aquí, prescindo de esa acción especial y opto por la vía ordinaria, o sea la acción personal contra el obligado al pago de la deuda hipotecaria, ejercitando el derecho que consagra el artículo 28 de la Ley 95 de 1890".

Esta declaración rotunda cierra toda posibilidad interpretativa de la demanda en punto a la naturaleza personal de la acción incoada, y resulta, además, corroborada en otros pasajes del proceso. Al final de la misma demanda, por ejemplo, dice la actora que acompaña el certificado del Registrador en que consta que el demandado es poseedor inscrito de las fincas hipotecadas "aunque —añade— esta certificación no tenga, para la acció que instauro, una importancia capital".

En el expediente obran copias, debidamente producidas, de las sentencias de primero y segundo grado, proferidas por el Juzgado del Circuito de Río de Oro y el Tribunal de Santa Marta, de las cuales aparece que le fue negado a la demandante Angelina Carrascal de Arévalo el ejercicio de la acción real hipotecaria que inició contra Elio Navarro en el año de 1939, con base en la escritura número 645 de noviembre de 1924, para el cobro de los $ 3.000 por parte del precio de las fincas Sucre y Santa Elena. Es a este antecedente al que se refiere en su demanda cuando dice que en virtud de consideraciones que no tiene para qué expresar opta por la vía ordinaria y el ejercicio de la acción personal. Así lo explica su mandatario ante la Corte en el siguiente pasaje de su demanda de casación: "Es indispensable tener también presente que la señora Carrascal de Arévalo trató de demandar el pago usando de la acción especial para cobrar deudas garantizadas con hipoteca y que, según las pruebas traídas a los autos, esa acción le fue negada. Los jueces la llevaron, pues, fatalmente, a transitar la vía ordinaria para solicitar el amparo a su derecho".

Y en su alegato de bien probado ante el Tribunal el apoderado de la demandante dice: "Tampoco se discute si el señor Navarro Villamizar es o no causahabiente de los Yunes, porque, se repite, este juicio no es real sino personal; no se ventila dominio alguno, sino si Navarro debe o no tres mil pesos y sus intereses. Eso es todo. Aquí caben

todas las pruebas escritas, porque se trata de probar una obligación personal".

En presencia de los términos inequívocos de la demanda, confirmados sin ninguna ambigüedad por las posteriores declaraciones de la parte demandante, resulta del todo imposible configurar el error de hecho que pretende el recurrente, que tendría que consistir en que el texto mismo de la demanda pusiera de manifiesto que la acción ejercitada es la real persecutoria de unos bienes hipotecados y no una acción simplemente personal. La conclusión que a este respecto contiene la sentencia no falsea la clara realidad procesal. La demanda, que es la pieza esencial de todo proceso judicial, es un acto libre de quien pretende la protección jurisdiccional del Estado, y como los jueces carecen en el ejercicio de su jurisdicción civil de toda iniciativa para la escogencia de las acciones o vías legales, abiertas a la elección de los interesados, es preciso darle a las demandas el sentido y alcance que inconfundiblemente se desprenda de sus términos.

Y no es menos fundada la conclusión de la sentencia al declarar que el demandado Navarro, por lo que resulta de autos, no es deudor de la obligación demandada. Este punto, no atacado precisamente en la demanda de casación, es de una claridad perfecta. No es verdad, contra lo que se asevera en la demanda, que Elio Navarro fuera comprador, al lado de Emilio López y Saúl Villamizar de las fincas vendidas por Angelina Carrascal en la escritura número 645 del 26 de noviembre de 1924, hipotecadas a ella en garantía de la parte insoluta de su precio. Si fuera verdad lo dicho en la demanda, contra el demandado Navarro coexistirían las dos acciones, como deudor personal y como peseedor de las fincas gravadas con hipoteca; pero él no fue parte en ese contrato ni suscribió tampoco el documento privado del día siguiente al de la venta. La demanda señala en el 6º de sus hechos fundamentales la fuente de la pretendida obligación personal que cobra a Navarro, diciendo que en la liquidación de la sociedad comercial "Luis Jaramillo M. & Compañía", recogida en la escritura pública número 1162 de 29 de agosto de 1928 de la Notaría 1ª de Cartagena, "Elio Navarro quedó con la obligación de cancelar la deuda correspondiente al valor del resto de la venta"; pero basta leer este título en su parte pertinente para ver que tampoco por este aspecto resulta la vinculación de deudor negada por el Tribunal. "...de la hipoteca constituída sobre las fincas Sucre y Santa Elena —se lee, en efecto, en ese instrumento—, que recobra el señor Navarro, pagará Jaramillo M. la suma de tres mil pesos oro a la señora Angelina Carrascal y al señor Elio Navarro para que cancele este crédito".

Y como si esto no fuera bastante, se trajo al expendiente copia de la escritura número 30 del 10 de septiembre de 1928, otorgada en la Notaría 2ª de Ocaña, en la que Angelina C. de Arévalo declara: "Primero: Que ha recibido a su entera satisfacción del señor Elio Navarro... la suma de $ 607, m/cte., por cuenta de los señores Emilio López P. y Saúl Villamizar H. Segundo: Que esta suma que recibe del señor Navarro está destinada a cancelar íntegramente el contado de $ 1.000 que debió pagársele por los señores López y Villamizar el 26 de noviembre de 1926, de acuerdo con el contrato de compraventa que consta en la escritura número 645, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito el día 26 de noviembre de 1934. Tercero: ...que, en consecuencia, los señores Emilio López P. y Saúl Villamizar H. sólo quedan debiéndole a la exponente, en concepto de la compraventa expresada, los $ 3.000 a que se refiere el documento privado de fecha 27 de noviembre de 1924, citado en la referida escritura de compraventa y en las condiciones estipuladas en el mismo aludido contrato privado".

Trasladando los mismos razonamientos, ya vistos y rectificados, sobre la naturaleza de la acción intentada, acusa el recurrente la sentencia por la causal segunda del artículo 520 del C. J., porque estima que el Tribunal desoyó las voces de la demanda al negar el carácter de hipotecaria a la acción intentada, cambiando de este modo arbitrariamente en su fallo las bases de la litis contestación.

Ninguna incongruencia puede hallarse entre la demanda en que se pidió que se condenara al demandado a pagar la suma de $ 3.000 y la sentencia que lo absuelve por no haberse demostrado que él fuera el deudor de la obligación. La inconsonancia a que alude la causal de casación que se cosidera no es entre las pretensiones del actor y el éxito esperado del pleito, sino entre la demanda y demás pretensiones, oportunamente deducidas por los litigantes, y la parte resolutiva de la sentencia en cuanto ésta se separe arbitrariamente de esa pauta obligatoria, con desconocimiento del principio de derecho procesal consignado en el artículo 471 del C. J. Por lo demás, atrás quedó

visto cómo carece de fundamento la afirmación de que este pleito se ha desenvuelto sobre el ejercicio de una acción real hipotecaria.

Todo lo demás que contiene la demanda de casación carece de importancia y utilidad en el estudio del recurso, porque se refiere a la parte secundaria de la sentencia en que el Tribunal, innecesariamente, estudió la cláusula condicional a que quedó sujeto el pago de los $ 3.000 en el documento privado del 27 de noviembre de 1924 para concluir sobre la exigilidad de la obligación a cargo de López Villamizar que no son partes en esta litis, ni con ellos, por tanto, reza la sentencia. Los ataques enderezados contra este capítulo del fallo recurrido, cualquiera que sea su fundamento, no pueden conducir a la casación de la sentencia, que conserva intacto su imperio porque no se ha demostrado que incurriera en ninguna ilegalidad al adoptar las conclusiones que le sirven suficientemente de apoyo jurídico.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el 23 de marzo de 1944, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, veintiocho de febrero de mil novevecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor José Miguel Arango).

Los cónyuges José Joaquín Franco y Filomena Castrillón, concurrieron ante el Juez del Circuito de Santodomingo para que se declarara que el Municipio de San Roque debía pagar a la sociedad conyugal dicha, la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000.00) por los perjuicios sufridos por la muerte de Mauro Franco Castrillón, hijo de los demandantes, a consecuencia de una descarga eléctrica ocasionada por un alambre conductor de la energía eléctrica de la planta del Municipio. Solicitaron, subsidiariamente que el reconocimiento de la obligación de indemnizar, en caso de que prosperara la acción, se hiciera a favor de los señores Franco y Castrillón en forma individual.

Se desató el juicio en primera instancia, con la sentencia de 18 de septiembre de 1940, que absolvió al Municipio de los cargos de la demanda.

Apeló el apoderado de la parte actora, y el Tribunal de Medellín, en 10 de marzo de 1944, decidió la alzada confirmando la sentencia de primer grado, con fundamentos distintos a los aducidos por el Juez de la instancia.

Para el Tribunal no se comprobaron en este juicio los perjuicios patrimoniales demandados, o mejor la existencia de ellos y basándose en la carencia de pruebas respecto de éstos absolvió al demandado apartándose del concepto del juez de primera instacia que desechó la demanda porque no encontró comprobado, respecto del Municipio, la culpabilidad o responsbailidad de esta entidad respecto de la muerte de Franco Castrillón.

Recurrió en casación la parte demandante y concedido el recurso y tramitado con la plenitud de las formalidades legales, se ocupará la Corte en el estudio de las causales alegadas contra el citado fallo.

Sostiene el recurrente que el Tribunal al negarle a los demandantes el derecho impetrado en la demanda a que se hace referencia, basándose en que no existen perjuicios y de que no han sido probados en ninguna forma, incurrió en error de hecho y violó la ley sustantiva contenida en los artículos 2341 y concordantes del Código Civil.

El recurrente considera que el Tribunal para llegar a tal conclusión se basó en las posiciones absueltas por los recurrentes en las cuales confesaron expresamente que su hijo no aportaba o no auxiliaba a sus padres con suma alguna para los gastos domésticos; que no tenía empresas propias, que trabajaba en la finca de ellos con una remuneración no mayor de cinuenta centavos diarios; que ninguna ayuda pecuniaria les prestaba a ellos y que todo lo que devengaba lo invertía en sus necesidades personales.

La señora Castrillón de Franco confiesa igualmente, que su hijo no tenía empresas propias, que devengaba un peso semanal para sus gastos; que nunca le prestó ayuda ninguna y que por el contrario ella y su marido le proporcionaban trabajo para que atendiera a su subsistencia personal y con el fruto de aquél apenas alcanzaba a lo necesario para gastos particulares.

El recurrente rechaza estas confesiones de los padres de Mauro Franco por considerarlas contradictorias entre sí y porque no es de suponerse que los padres hicieran confesión que pudieran perjudicarlos, como decir que su hijo no representaba para ellos valor material ninguno y que esas posiciones fueron una especie de celada que se les tendió a los confesantes porque éstos son personas tímidas, fáciles de sugestionar. Se extiende el recurrente en otras consideraciones, todas de orden moral, pero no hace el reparo legal a dicha prueba de confesión que conserva todo su valor mientras no se demostrare que los confesantes incurrieron en error inculpable o explicable.

Se tacha el fallo del Tribunal por infracción de los artículos 2341, 2356 inciso 1º y demás concordantes del Código Civil, por cuanto estando demostrada la muerte de Mauro Franco debido a un

accidente desgraciado por descuido de parte del dueño de la Energía Eléctrica de San Róque, a éste le toca reparar el daño porque, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta y dentro de la expresión "todo daño" están comprendidos los perjuicios materiales, morales y aun de afección, de donde concluye que ha debido condenarse al Municipio a resarcir los perjuicios causados a los cónyuges demandantes.

Los perjuicios materiales no han sido demostrados por los demandantes, porque de las pruebas allegadas no se puede inferir con certeza que Mauro Franco aportaba auxilio pecuniario a sus padres y en qué cantidad.

Si se desechare el valor probatorio de la confesión de los cónyuges demandantes, ello tampoco les reportaría beneficio alguno, porque si la culpabilidad o responsabilidad se presume y tócale en ese caso la prueba de la inculpabilidad al autor del hecho o a la persona que tiene que responder por él, no sucede lo propio en tratándose de comprobar la existencia del perjuicio o su monto, porque en este caso la prueba se desplaza hacia el demandante que contrae la obligación de demostrar la existencia del perjuicio y la cuantía de éste, cosas que no han sido acreditadas fehacientemente por los demandantes.

Cierto es que el artículo 2356 inciso 1º, emplea la expresión "todo daño" que abarca los perjuicios morales, los materiales y aun los de afección, y cierto es igualmente que con la muerte de un individuo se causa perjuicios morales a los parientes de éste, pero para que esos perjuicios puedan resacirse o indemnizarse, es indispensable que se demanden expresamente.

No acontece esto al presente. Los demandantes expresamente en su demanda estamparon lo siguiente: "Pudiera cobrar también perjuicios morales. Las tesis al respecto tienden a ser uniformes, a hacer efectivo el pago de perjuicios morales. Pero como se trata de cuestión que quiero hacer rápida, breve, y lo será porque la carga de la prueba corresponde al Municipio, pues la culpa se presume, dejo la parte petitoria como está, en gracia de la significación del debate".

El fallador de Medellín interpretó así este pasaje de la demanda: "Aun cuando en la parte petitoria se habló en general de perjuicios, lo cual, en amplia interpretación podía comprender tanto los daños patrimoniales como los llamados perjuicios morales, es ineludible entenderla como que alude exclusivamente a los perjuicios materiales, por propia declaración de su autor, según el párrafo transcrito en el acápite precedente".

Esta apreciación del Tribunal no puede notarse como un error evidente de hecho, porque, fuera de las frases transcritas de la demanda, los demandantes no hicieron labor alguna para comprobar el monto de los perjuicios morales objetivados sufridos. Esta interpretación del Tribunal puede también reforzarse con la petición del demandante al pedir se practique determinadas pruebas, pues al folio 1º del cuaderno de pruebas de segunda instancia se dice: "Que por peritos se avalúen los perjuicios materiales que se cobran en este juicio".

Insiste el recurrente en que la muerte de Mauro Franco por sí misma causó perjuicios a sus padres, los cuales deben ser reparados por el Municipio de San Roque.

Ya se ha visto que los demandantes desistieron expresamente de cobrar perjuicios morales y esta interpretación del Tribunal, no puede ser, en justicia, tachada por error evidente de hecho, vista la cláusula ya transcrita de la demanda, en que expresamente manifiesta que aquélla no se refiere a los perjuicios morales y que los excluye de la litis, pero si la cláusula transcrita fuere equívoca y se prestare a diversas interpretaciones todas ellas viables, menos podría justificarse el error evidente de hecho en la apreciación de ellas porque cuando se pueden hacer varias apreciaciones lógicas, optar por una de ellas en ningún caso constituiría error evidente de hecho que resultara manifiesto.

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 NO SE INFIRMA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha diez de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

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.

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

PERJUICIOS

1.—La personería para demandar perjuicios contra el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro en su propiedad no radica exclusivamente en que quien demanda sea el dueño de la cosa, sino que basta que sea habitador o usuario, según el artículo 2342 del Código Civil.

2.—El artículo 635 del Código Judicial tiene aplicación para los casos de desembargo de plano y en los juicios ejecutivos en que se entabla la acción de oposición a la traba ejecutiva y se pide el desembargo. Mas no para los demás juicios, ni siquiera para el reivindicatorio.

3.—La compensación de culpas tiene lugar cuando el que sufre el daño se expuso a él imprudentemente, o si un error de conducta ha sido la causa determinante de tal daño. Ese es el sentido y el alcance del artículo 2357 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente: Doctor Liborio Escallón)

De la lectura de este proceso se viene en conocimiento de los siguientes antecedentes que originaron el presente litigio.

La señora Margarita Hoyos de Uribe es dueña de la casa situada en esta ciudad, en la carrera 8ª señalada con los números 20-30, 20-36 y 20-38, inmueble que colinda por el costado oriental con el edificio de propiedad, en su mayor parte, del general Víctor Manuel Salazar, edificio situado en la carrera 7ª y marcado con los números 20-35, 20-51 y 20-55.

Los inmuebles mencionados fueron reconstruídos por sus respectivos dueños, levantando edificios modernos y desde tiempo remoto, cuando sobre los lotes de la señora Hoyos de Uribe y general Salazar se levantaban unas antiguas edificaciones, los desagües de la casa del general Salazar corrían por el predio de la señora Hoyos de Uribe, conducidos por un pequeño caño construído en ladrillo y que hacía desembocar las aguas negras en la carrera octava.

Tanto las casas de la carrera séptima como la de la octava, y según se ha dicho, fueron reconstruídas por sus dueños, los ya mencionados y el servicio de albañales continuó por algún tiempo en el mismo estado deficiente que tenía antaño, a pesar de que la nueva edificación del general Salazar aumentó de mòdo muy considerable el volumen de aguas negras que debían pasar por el suelo de la casa de la señora Margarita Hoyos de Uribe.

Cuando el general Salazar pidió permiso para edificar, se proyectaron los desagües de la nueva edificación hacia la carrera séptima, donde al principio no había alcantarilla, pero que se hizo luego y fue dada al servicio público en el mes de julio del año de 1938 y desde esa fecha en adelante existió posibilidad por parte del general Salazar para que los desagües de su edificio fueran sacados al colector de la carrera séptima. No obstante esto, sólo hasta el mes de abril de 1939 fueron construídos por el general Salazar tales desagües.

En el interin de estas dos fechas la señora Margarita Hoyos de Uribe, entabló juicio de policía por perturbación, contra el general Víctor Manuel Salazar, tendiente a que condujera los desagües del edificio de su propiedad a la alcantarilla de la carrera séptima y hacer cesar la perturbación registrada en la casa de dicha señora, consistente en hacer pasar por ella, sin derecho alguno, sin previo aviso y sin arreglo convencional de ningún género, los mencionados desagües. En fallo proferido por la autoridad de policía, previa la secuela de un juicio de esa clase, se condenó al general Salazar a sacar los desagües de su edificio en la forma solicitada en la demanda y se le condenó a pagar a la demandante la suma de $ 190.00 mensuales, por concepto de arrendamiento de la casa de la actora, desde que quedó desocupada, debido a la obra del general Salazar, hasta que pudiera arrendarse de nuevo. De esa sentencia se apeló por el demandado ante la Alcaldía, la que en sentencia de 29 de agosto

de 1939, confirmó el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia y condenó al general Salazar a pagar a la señora Hoyos de Uribe el perjuicio que le causó por la perturbación a que se refiere el juicio, perjuicios que deberían fijarse en juicio separado ante la justicia ordinaria. En el momento de dictarse la sentencia en la Alcaldía, el general Salazar ya había conectado sus desagües al colector de la carrera séptima.

El primero de abril de 1938, la señora Hoyos de Uribe celebró con Luis Camacho Matiz un contrato de promesa de compraventa, relativo al inmueble de la carrera octava. Por motivo de las lluvias en esa época, se reventó la cañería que conducía las aguas negras del predio del general Salazar por el predio de la señora Hoyos de Uribe y al hacer las obras de reparación consiguientes, el señor Camacho Matiz encontró que la casa materia de la promesa recibía tales desagües constituyendo así un gravamen bastante oneroso. Por eso pidió la resolución del contrato de promesa de venta y la condenación a perjuicios contra doña Margarita, y la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 11 de mayo de 1942, que corre a los fols. 49 a 56 del Cdno. Nº 5 y sobre la base de que el predio de la señora Hoyos de Uribe estaba atravesado por un albañal que conduce las aguas provenientes del predio del general Salazar, lo cual constituye un gravamen para ese predio, declaró resuelto el contrato de promesa de venta, ordenó a la señora Hoyos de Uribe a devolver al señor Luis Camacho Matiz la suma de $ 5.000 que recibió como parte del precio, más sus intereses y a los perjuicios por la cantidad que se fijara al ejecutarse la sentencia.

El gravamen sobre la casa de la señora Margarita Hoyos de Uribe no está constituído por escritura pública ni aparece aquiecencia por parte de dicha señora, en la forma en que sacó esos desagües el general Salazar y constituye en realidad una servidumbre sin título de carácter discontinuo e inaparente.

Sobre estos antecedentes invocados como hechos, la señora Hoyos de Uribe demandó al general Víctor Manuel Salazar, para que en sentencia que rematara el correspondiente juicio ordinario, se condenara a dicho general al pago de los perjuicios que le ocasionó a la actora, por la perturbación que fue objeto del juicio de policía y que se le ordenó hacerla cesar. Que el valor de dichos perjuicios debía ser el que se estableciera en el juicio o al tiempo de ejecutarse la sentencia.

Como causa o razón de la demanda se expresa el hecho de que el demandado, sin consentimiento de la demandante, condujo, a través del predio de ésta, las aguas negras del edificio de apartamentos de aquél, a cuyo efecto ejecutó las obras correspondientes causando con eso perturbación en el predio de la actora, habiéndose reventado las cañerías, levantado los baldosines del patio y ocasionando a la demandante toda clase de perjuicio, que esa perturbación se llevó a cabo a pesar de que en los planos del edificio del general Salazar, aprobados por las autoridades municipales, los desagües se prospectaron para ser llevados a la carrera séptima sin pasar por la casa de la demandante que da a la carrera octava, todo lo cual dio lugar a que ésta estableciera el correspondiente juicio de policía para hacer cesar semejante perturbación, lo cual acaeció.

En primera instancia, el Juez del conocimiento, 5º del Circuito, negó las peticiones de la demanda, más bien por razones de forma y por eso en el fallo no se estudió a fondo el asunto. La sentencia de primer grado lleva fecha 30 de agosto de 1942.

La demandante apeló de ese fallo y el Tribunal Superior de Bogotá lo revocó en sentencia de 31 de marzo de 1944, y en su lugar declaró al demandado general Salazar civilmente responsable de los actos y omisiones de perturbación ocurridos en la casa de la demandante y lo condenó a pagar a ésta los perjuicios materiales que le causó con esos actos, absolviéndolo del pago de perjuicios morales. En cuanto al monto de la indemnización resolvió así: Fijar en $ 4.000 el monto líquido de una parte de los perjuicios materiales y el resto, lo que se estableciera según el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial y al tenor de las conclusiones expuestas en el fallo, contra el cual recurrió el apoderado de la parte demandada, recurso que pasa hoy a decidirse.

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: Está plenamente demostrado, a juicio del Tribunal, que la casa de la demandante no estaba gravada legalmente con servidumbre de desagües provenientes de la casa del general Salazar. Igualmente está demostrado que éste al construír su edificio de departamentos, dirigió todos los desagües sobre el predio de la Sra. Hoyos de Uribe; que debido a esto sufrió perturbación el predio de ésta, se rompió la cañería, se causaron

perjuicios, entre otros, el de la resolución del contrato de que se ha hecho mérito en este fallo; que al aprobarse los planos del edificio del general Salazar, se prospectaron los desagües por la carrera séptima y, que aunque la hechura del colector se demoró algo, siempre se construyó y desde ese momento estuvo el general Salazar en posibilidad de sacar los desagües de su predio a dicho colector. Que no se ha alegado que el general Salazar tuviera derecho para conducir los desagües de su predio sobre el de la demandante, que la obra de empate o conexión de la tubería de desagües de aguas negras con la tubería o caño de la misma clase y para el mismo servicio del predio de la demandante se ejecutó por orden del dueño del predio de la carrera séptima, general Salazar, quien no tenía derecho para hacer tal obra. Que se considera que la conducta de un hombre prudente y diligente colocado en las mismas circunstancias del demandado y en relación con el servicio de albañal de su nueva construcción, hubiera sido la de seguir la indicación de los planos aprobados desde el principio, esto es efectuar dentro de su terreno las obras de ingeniería adecuadas para dirigir los albañales hacia la carrera séptima, esperar luego a que la alcantarilla pública de esta carrera fuera entregada al servicio público e inmediatamente conectar el albañal con ella. Que procediendo con diligencia en la forma indicada muy probablemente los nuevos desagües del edificio del demandado hubieran estado conectados al colector de la carrera séptima antes del mes de agosto de 1938, en que se causó el perjuicio y se hubiera evitado éste. Que la culpa del demandado se cometió principalmente por actos negativos o de abstención (artículos 63 y 2341 del C. Civil) y que existe la relación de causalidad para imputar la culpa civil al demandado y tiene por lo tanto aplicación al caso del pleito el artículo 2356 del C. Civil.

En cuanto a la fijación del monto de los perjuicios el Tribunal, previo un análisis detenido sobre el particular, tuvo en cuenta lo siguiente: Los peritos dedujeron perjuicios por capítulos diferentes a saber: gastos en el juicio de policía sobre perturbación, gastos en el juicio de resolución de la promesa del contrato que la demandante celebró con Luis Camacho Matiz, deprecio comercial sufrido en la casa de la carrera octava, gastos en los préstamos bancarios que tuvo que hacer la demandada para pagar un crédito bancario en virtud de haberse resuelto el contrato de promesa de venta con Camacho Matiz y de haber contraído otras obligaciones sobre la base de que dicho contrato se perfeccionaría. Cada uno de esos capítulos está fundamentado y explicado por los peritos, de modo que no se trata de un dictamen global ni menos de una cantidad global deducida por perjuicios. Por eso el Tribunal pudo estudiar por separado cada uno de tales capítulos para dar a cada uno de ellos la estimación que creyó ajustada a derecho.

No admitió el fallador de Bogotá el avalúo pericial en suma concreta de $ 10.760 por concepto de los perjuicios causados por la sentencia sobre resolución del contrato de 1º de abril de 1938. Aceptó la existencia del perjuicio en sí mismo pero no encontró fundada la extensión o cuantía que al respecto asignaron los peritos; remitió a las partes al procedimiento del artículo 553 del C. Judicial por ese concepto, lo mismo que por el deprecio comercial de la casa. Halló bien fundado el concepto pericial, cuyo monto es el de $ 4.000 por los gastos que se le ocasionaron a la demandante en el juicio de policía sobre perturbación, y en el juicio ordinario sobre resolución del contrato de promesa de venta. Desestimó el peritazgo en los demás capítulos y absolvió al demandado de los perjuicios morales.

Hace el recurrente cinco cargos a la sentencia que pasan a estudiarse en el mismo orden en que han sido propuestos. Es el primero, el de violación de los artículos 635 y 596 del C. Judicial y 1759 del C. Civil.

En síntesis la acusación al respecto es la siguiente: Que siendo un pleito entre propietarios, la demandante no acreditó la suficiencia de su título registrado al tenor del artículo 365 del C. Judicial, por lo cual se violaron las normas citadas, al darle eficacia probatoria a los títulos de propiedad que presentó la demandante.

Se rechaza este cargo por dos razones: a) porque la personería para demandar perjuicios contra el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro en su propiedad, no radica exclusivamente en que quien demanda sea el dueño de la cosa sino que basta que sea habitador o usuario, según el artículo 2342 del C. Civil. La calidad de habitante de la casa de la carrera octava en la señora demandante está acreditada en los autos, y b) porque el artículo 635 del C.

Judicial no tiene el alcance que le asigna el recurrente ni ha sido interpretado por la doctrina ni la jurisprudencia en la forma que él sostiene. En efecto: el artículo que acaba de citarse tiene operancia para los casos de desembargo de plano y en los juicios ejecutivos en que se entabla la acción de oposición a la traba ejecutiva y se pide el desembargo. Mas no para los demás juicios, ni siquiera para el reivindicatorio. Este punto ha sido decidido por la Corte en varios fallos, entre otros en los de 30 de septiembre de 1919 y 27 de junio de 1931 (G. J. Tomo XXVII y T. XXXIX, págs. 312 y 156, respectivamente). En el primero de los fallos citados dijo esta Superioridad: "Se repara: Ese certificado (el de suficiencia) sólo se exige para los desembargos de plano, pero no para los juicios de reivindicación, donde se hace comparación de títulos prevaleciendo el anterior, sin que sea necesario remontar la cadena hasta el título primitivo, cosa la más de las veces imposible. Esta es ya doctrina constante de la Corte, como puede verse, entre otras, en la de 30 de septiembre de 1919".

Vale además la pena observar que en este pleito no se ventila ninguna cuestión de dominio y que demandante y demandado han partido de la base de que son dueños de los predios de la carrera séptima y de la octava, respectivamente, y además han acompañado los títulos correspondientes.

El Tribunal entre muchas otras pruebas tuvo en cuenta los documentos emanados de la Secretaría de Obras Públicas Municipales sobre la fecha en que se dio al servicio el colector de la carrera séptima. El recurrente estimando que no se trata de un certificado de la Secretaría de Obras Públicas sostiene que esa prueba no tiene ningún valor legal y que al estimarla, el fallador violó los artículos 632, 593, 17 y 596 del C. Judicial y 1758 del C. C.

Se observa: La calificación del certificado que hace el fallador, aun cuando fuera equivocado, no incidiría para nada en este negocio porque lo que se trata de averiguar es si esa prueba, llámese certificado o informe o proceda ya de la Secretaría de Obras Públicas directamente, ya de alguno de los Jefes de Sección de esa oficina, puede o no estimarse en este proceso.

La Corte sin vacilación opta por la afirmativa, por la razón siguiente: La prueba fue pedida en tiempo y decretada legalmente; en virtud de esto se libró despacho al Secretario de Obras Públicas y éste, como es obvio, ordenó que fuera diligenciado por los empleados respectivos, Jefes de Sección, o sea del Departamento de Urbanismo y el del Departamento de Construcciones (fjs. 64 a 66 del Cdno. Nº 2). Dada la organización de la Sección de Obras Públicas Municipales, semejante a la de otras análogas en los Ministerios, los empleados respectivos bajo cuyo control y responsabilidad se hallan ciertos negocios y dependencias, son los que informan sobre los asuntos encomendados a ellos, informes que tienen el carácter de oficiales y la misma fuerza probatoria que si hubieran sido suscritos por el Superior General o Jerárquico. El artículo 632 del C. Judicial enseña que hacen plena prueba acerca de su contenido los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones. Los certificados de los Jefes de Urbanismo y del Departamento de Construcciones de la Secretaría de Obras Públicas, fueron dados en virtud de orden judicial y expedidos por los respectivos funcionarios, todo lo cual hace ver que no hubo error de hecho ni de derecho en la apreciación de esas pruebas, por lo cual el cargo que se estudia no puede prosperar, a lo que se agrega que aun sin ellas, se llegaría a la misma conclusión, porque existen otras pruebas que demuestran lo que acreditan los certificados mencionados.

Sostiene el recurrente en el tercer cargo que el Tribunal violó el artículo 2357 del C. Civil al no haber admitido la compensación de culpas, la del demandante y la del demandado y se basa para ello en que la demandante se sirvió del caño antiguo de su propia casa para sacar los desagües de su nueva edificación.

Cree el recurrente que a esto se debe el rompimiento de la cañería, que no era suficiente para contener los desagües de la casa de la demandante y del predio del demandado.

Se observa: La compensación de culpas tiene lugar cuando el que sufre el daño se expuso a él imprudentemente o si un error de su conducta ha sido la causa determinante de tal daño. Ese es el sentido y el alcance del artículo 2357 del C. Civil.

En el caso de autos no existe ninguno de esos factores por lo siguiente: a) porque la demandante tenía derecho a servirse de su antigua cañería para sacar los desagües de su nueva edificación; b) porque la actora una vez enterada

de que el demandante encauzaba sobre su predio los desagües de su nueva edificación, actuó dentro de la órbita de la ley, que era lo indicado, instaurando el juicio correspondiente de perturbación; c) porque no consintió en esa nueva obra del demandado, y d) porque de los autos aparece que el demandado, sin derecho ninguno, y aprovechándose de un caño insuficiente, hizo verter sobre él una cantidad de desagües, para que no estaba autorizado por la ley y para lo que no estaba construído el antiguo caño del predio de la demandante. En efecto: Podían correr y efectivamente corrían los desagües de la antigua casa de la carrera séptima sobre el caño de la casa de la carrera octava, aunque sin respaldo legal. Pero al hacer el demandado su edificio de apartamentos, la cantidad de esos desagües se elevó a un volumen verdaderamente apreciable, como se ve en los autos. Se prueba esto con lo siguiente: En la inspección ocular practicada el 22 de diciembre de 1938 (Cdno. 2º, fol. 36) consta que la capacidad del antiguo cauce era aproximadamente de quince por veinticinco centímetros, al tiempo que en el edificio levantado por el demandado se encontró lo que sigue: En los locales de la planta baja en que está establecido el Almacén Sarga existe un sanitario el cual sirve a veinticinco obreros; en el local 20-41 existe otro sanitario para seis personas; en el local 20-53 existe otro para quince personas; en el primer piso del edificio, dos sanitarios y habitan cuatro personas; en el número 202 hay dos sanitarios y habitan tres personas. En el segundo piso, departamento número 301, existen dos sanitarios y habitan cinco personas; en el número 302, dos sanitarios y habitan siete personas; en el tercer piso, departamento 401, dos sanitarios y habitan cinco personas; en el cuarto piso, departamento 501, dos sanitarios; en el 502, dos sanitarios y habitan seis personas.

Enseña el artículo 891 del C. Civil que no se puede dirigir albañal o acequia sobre el predio vecino si no se ha constituído esta servidumbre especial. En el caso de autos, es evidente que no se constituyó y aun habiéndose constituído, el demandado no hubiera podido hacer esas obras, porque en el predio dominante no puede hacerse ninguna obra que grave más aún el predio sirviente (inciso 3º del artículo que acaba de citarse). Suponiendo, pues, por vía de hipótesis, que hubiera habido derecho por el dueño del predio de la carrera séptima para dirigir los desagües de esa antigua casa sobre la casa de la demandante, ello no hubiera podido autorizar al dueño del predio de la carrera séptima, para aumentar el volumen de los antiguos desagües.

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

En el cuarto cargo se acusa la sentencia por aplicación indebida del artículo 721 del C. Judicial, por cuanto según el recurrente "La diferencia entre los dos extremos (del peritazgo) excede en un cincuenta por ciento de la cantidad menor".

La Corte observa: El fallador de Bogotá no aceptó la suma global de ninguno de los peritos, por la razón de que desestimó varios de los capítulos del experticio. Se limitó a acoger el dictamen unánime de los peritos en cuanto éstos fijaron en mil quinientos pesos los gastos hechos por la actora en el juicio de policía y en dos mil quinientos pesos los gastos que se le causaron a aquélla en el juicio de resolución del contrato de promesa de venta, lo cual da un total de cuatro mil pesos a que monta el primer capítulo de la condenación. Los peritos dieron las razones al respecto de su dictamen y lo fundaron en pruebas que corren en los autos y no se ve que el Tribunal al acogerlo hubiera incidido en manifiesto error de hecho. Tampoco en error de derecho, por cuanto como ya se dijo, los peritos están de acuerdo en la avaluación de esos gastos. En cuanto a los otros perjuicios y a que se refiere el segundo capítulo de la condenación, el cargo no incide porque el Tribunal no condenó en perjuicios, sino en abstracto, y cuando se trate de ejecutar la sentencia, entonces serán oportunas las observaciones que el recurrente hace en el cargo que se estudia.

El quinto y último cargo consiste en violación del artículo 575 del C. Judicial, por cuanto, según el recurrente, la condenación a los dos mil quinientos pesos por gastos que hizo la demandante en el juicio de policía, equivalen a una condenación en costas por temeridad en la oposición.

El concepto del Tribunal es muy distinto. Los dos mil quinientos pesos son los gastos que hizo la demandante en el juicio, en defensa de sus derechos, y no provienen de ningún concepto de temeridad en la parte opositora. El fallador no se refirió para nada al artículo 575 del C. Judicial. Por esto se ve que el cargo es infundado.

Como un cargo adicional, señala el recurrente

como violados los artículos 1613, 1614 y 2341 del C. Civil "desde luego (dice el recurrente) que en el proceso no hay base suficiente para condenar siquiera en forma genérica, ya que para hacerlo se necesita la plena prueba de los hechos causantes del daño o daños supuestos y de la respectiva imputabilidad".

La Corte observa: No señala el recurrente ninguna prueba mal apreciada u omitida, cuya mala apreciación u omisión hubiera llevado al Tribunal a dictar la sentencia condenatoria, a imputarle al demandado una responsabilidad que legalmente no tuviera. Así las cosas, el cargo no está hecho con la técnica que requiere el inciso 2º del numeral 520 del C. Judicial. Pero aun cuando no fueran así las cosas, del proceso aparece claramente, sin la menor duda, que fue la acción del demandado, la causa eficiente de los perjuicios que se le causaron a la demandante, de donde quedó obligado hacia ésta según el artículo 2341 del C. Civil. El demandado no podía ni conectar sus caños de desagüe con los del predio de la demandante, ni menos aún aumentar el volumen de esos desagües, al levantar su edificio de departamentos, lo que produjo según se ve en autos, la ruptura del caño de desagües del predio de la actora, fuera de los demás perjuicios que se le ocasionaron. Al reducir esos perjuicios, era claro que el Tribunal tenía que parar mientes en los artículos 1613 y 1614 del C. Civil.

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

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

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

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

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION EN UN CASO ESPECIAL DE COADYUVACION LITIS CONSORCIAL EN QUE EL DESISTIMIENTO DEL RECURSO POR UNA DE LAS PARTES NO PERJUDICA A LA COADYUVANTE

La Corte ha distinguido con nitidez entre la coadyuvancia simple y la litisconsorcial, tanto en sí msimas como en sus consecuencias legales, y establecido la diferencia de situaciones, de capacidades y de personería para el coadyuvante, según lo sea de la una o de la otra de esas dos clases. Conduce a esa diferenciación o, por mejor decir, la determina ante todo el hecho de tener o no la sentencia la fuerza de cosa juzgada contra el coadyuvante, importantísimo detalle éste que se vincula íntimamente con la relación jurídica que exista o falte entre el coadyuvante y el adversario. Cuando no hay ésta relación, cuando ella es sólo entre el coadyuvante y el coadyuvado, cuando la sentencia no ha de tener la fuerza de cosa juzgada para aquél, entonces la coadyuvancia es simple. Y cuando la sentencia alcanza con esa fuerza al coadyuvante, cuando hay aquella relación entre éste y el adversario, entonces la coadyuvancia es litisconsorcial. Si, v. gr., en juicio reivindicatorio se introducen los acreedores del deudor, lo que puede hacer en su caso, el síndico del concurso de bienes en que éste se halle, para defender con el patrimonio del mismo el respaldo de las respectivas acreencias, es claro, de un lado, que no hay relación jurídica entre los intervinientes y el actor y, de otro, que la sentencia no los cobija con su fuerza de cosa juzgada, siendo así que los bienes controvertidos no son de ellos ni los poseen, y que, por lo mismo, no han sido señalados en la demanda como reos, no es a ellos a quienes el demandante les disputa. Esa sentencia no los toca jurídicamente, aunque económicamente ha de afectarlos en pro o en contra, según absuelva al demandado o lo condene. Se tiene así un ejemplo clarísimo de coadyuvancia simple. En ella los coadyuvantes no habrían podido apelar del fallo adverso consentido por el demandado expresa o tácitamente; ni tampoco, aun siendo él y ellos apelantes, habrían podido llevar adelante su recurso en el evento de que el deudor desistiese del suyo.

Cuando la coadyuvación es litisconsorcial el desistimiento que del recurso de casación hace una de las partes en un juicio no perjudica a la otra y en tal virtud el recurso interpuesto por ésta debe ser admitido para que siga su curso legal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Marzo primero de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Según la escritura número 424, otorgada en la Notaría de Facatativá el 28 de julio de 1927, la sociedad denominada Compañía de Mosaicos Hidráulicos, S. A. compró al señor Jesús María Tobón los bienes en ella determinados, y en la escritura número 3307, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá el 17 de diciembre de 1934, aparecen ambas partes contratantes invalidando ese contrato, el que declararon resuelto.

En libelo repartido al Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá y admitido por éste el 12 de mayo de 1939, de que Tobón se notificó al día siguiente, aquella compañía lo demanda para que, entre otras cosas, se anule el segundo convenio mencionado, o sea, la resciliación de la compraventa, y se condene a Tobón a entregarle los bienes aludidos y pagarle sus frutos.

La señora Concepción Faulhaber de Tobón, consorte del demandado, solicitó y obtuvo su entrada al pleito como coadyuvante de éste.

El Juzgado los absolvió a ambos en sentencia de 4 de mayo de 1942 que, apelada por la parte actora, fue revocada por el Tribunal Superior en la de 29 de julio de 1944, contra la cual interpuso casación la señora Faulhaber y en seguida el señor Tobón. Ambos recursos los concedió el Tribunal.

Tras de la sustanciación de un impedimento y vencido el término de fijación en lista, debe decidirse sobre la admisibilidad del recurso, de conformidad con el artículo 528 del C. J.

El señor Tobón presentó en debida forma me-

morial de desistimiento del suyo. Proveer al respecto tiene la sencillez que corresponde a los artículos 461 y siguientes de esa obra.

Pero la señora Faulhaber, no sólo no ha desistido, sino que ahincadamente insiste en él y pide que se le acepte, arguyendo contra las alegaciones del abogado de su marido en el sentido de que ella no puede continuar por sí sola una controversia terminada por obra del demandado principal de quien ella es sólo coadyuvante.

Así, pues, se plantea una vez más el tema de la coadyuvancia, de la personería del coadyuvante, de su capacidad para actuar por sí mismo o como mero dependiente o accesorio del coadyuvado.

De las varias providencias dictadas por esta Sala a estos respectos, conviene recordar las siguientes:

En sentencia de 29 de marzo de 1938 (G. J. Tomo XLVI, págs 264 a 267), no oyó el recurso de casación interpuesto por el coadyuvante solamente, en atención a su carencia de interés. Al respecto dijo: "Ch. Gautier & Cía". no puede asumir la personería de la sucesión actora, y según los términos en que ha sido planteado el litigio, carece de interés jurídico directo e inmediato que le permita por sí sólo el ejercicio legítimo de la acción para obtener la declaración de dominio y la consiguiente restitución en favor de quien no es personero ni representante. En estas condiciones, desaparecida del recurso la parte propiamente actora, resalta nítidamente la calidad de simplemente accesoria que corresponde a la acción de "Ch. Gautier & Cía", en liquidación y como tal decae y desaparece con la acción principal para la decisión del recurso".

Allí mismo se lee también: "La intervención adhesiva puede presentar dos formas: **litis consorcial,** cuando el interviniente se halla con el adversario en relación de tal naturaleza o forma que la decisión del proceso tenga influencia también sobre él, como el comprador en el pleito contra el vendedor, y entonces el interviniente tiene autonomía y capacidad de litisconsorte; y **simple,** cuando el interviniente se halla en relación jurídica con la parte coadyuvada y no con el adversario, de tal manera que el resultado desfavorable del pleito haría más difícil la defensa de su derecho, como si el comprador interviene en el pleito del vendedor. En este caso, que es el contemplado en este recurso, el interviniente adhesivo no puede desarrollar en el litigio sino una actividad coordinada con la parte de la cual es propiamente accesorio, y en ningún caso asumir su sitio principal o aspirar a sobrevivirla procedimentalmente".

Del propio modo se negó a escuchar el recurso de casación, en fallo de 13 de mayo de 1935 (G. J. Tomo XLII, págs. 7 a 9), en caso consistente al respecto, en suma, en que Juzgado y Tribunal acogiendo la excepción de falta de personería sustantiva de la parte demandante, habían absuelto al demandado, que lo era como deudor del marido de la demandante, porque ésta demandó personalmente como viuda del acreedor y no para la sucesión de éste ni en nombre de sus herederos, como podía haberlo hecho, porque tenía su representación legal, como menores que eran. Se arguyó contra tal excepción que el hijo mayor había entrado al juicio como coadyuvante y, siendo él recurrente, no faltaba la dicha personería.

La Sala dijo entonces: "La Corte no tiene por qué entrar a considerar si el Tribunal debió o no admitir como coadyuvante a una persona a quien la futura sentencia no podría perjudicarle jurídicamente, por no estar representada por la viuda la sucesión a cuyo favor ella hacía la petición; provecho o perjuicio esencial para poder coadyuvar o defender la causa de otro ya fijada por la **litis contestatio** y desde entonces; pero, aceptando el hecho cumplido de la intervención de un tercero como coadyuvante, es preciso entender que, en sentir de la Corte, cuando una persona coadyuva o defiende la causa que le interesa, la toma tal y como quedó fijada desde la **litis contestatio;** de tal manera que la intervención del coadyuvante no puede venir a darle posteriormente al actor una personería de que éste carecía, ni a crear un derecho que no tuvo originalmente, ni a reformar la demanda".

Por el contrario, tratándose de coadyuvancia litisconsorcial, esta Sala rechazó el cargo que en casación formulaba el coadyuvante alegando no haber sido demandado directo y que, por tanto, la sentencia del Tribunal no podía extenderse a una acción en que él tenía interés personal. Allí, en sentencia de 25 de junio de 1942 (G. J. Tomo LIII, págs. 677 a 686), calificando esa intervención, la Sala tras de advertir que era un hecho procesal aceptado por los litigantes, dijo: "Realiza a cabalidad la forma de intervención adhesiva voluntaria autorizada por el Art. 233 del C. J., en su especie de litisconsorcial, según cla-

sificación de los expositores, en que el interviniente se halla en relación con el adversario y no simplemente con la parte que coadyuva, de tal naturaleza o en forma que la decisión del proceso tenga influencia también sobre él, como en el caso de estudio, tratándose del vendedor en el pleito contra el comprador. En esta ocurrencia el interviniente adhesivo tiene calidad, autonomía y capacidad de parte, y como tal hay que considerarlo para deducir respecto de él el alcance y consecuencias de la sentencia que se profiera en el litigio desarrollado con su intervención y sentenciado con su audiencia".

No sobra citar las providencias de 30 de marzo de 1936 (G. J. Tomo XLIII, págs. 749 y 755 y de 21 de noviembre de 1938 (G. J. Tomo XLVII, pág. 373), en que con motivo de problemas sobre acumulación de autos abundó en conceptos muy ocasionados a aclarar lo tocante a coadyuvancia.

De las sentencias aludidas, algunas citadas en el relato precedente, y en especial de lo que de éstas se ha transcrito, se deduce que la Corte ha distinguido con nitidez entre la coadyuvancia simple y la litisconsorcial, tanto en sí mismas como en sus consecuencias legales, y establecido la diferencia de situación, de capacidad y de personería para el coadyuvante, según lo sea de la una o de la otra de esas dos clases.

Conduce a esa diferenciación o, por mejor decir, la determina ante todo el hecho de que haya de tener o no la sentencia la fuerza de cosa juzgada contra el coadyuvante, importantísimo detalle éste que se vincula íntimamente con la relación jurídica que exista o falte entre el coadyuvante y el adversario.

Cuando no hay esta relación, cuando ella es sólo entre el coadyuvante y el coadyuvado, cuando la sentencia no ha de tener la fuerza de cosa juzgada para aquél, entonces la coadyuvancia es simple. Y cuando la sentencia alcanza con esa fuerza al coadyuvante, cuando hay aquella relación entre éste y el adversario, entonces la coadyuvancia es litisconsorcial.

Si, v. gr. en juicio reivindicatorio se introducen los acreedores del deudor, lo que puede hacer, en su caso, el síndico del concurso de bienes en que éste se halle, para defender con el patrimonio del mismo el respaldo de las respectivas acreencias, es claro de un lado, que no hay relación jurídica entre los intervinientes y el actor y, de otro, que la sentencia no los cobija con su fuerza de cosa juzgada, siendo así que los bienes controvertidos no son de ellos ni los poseen, y que por lo mismo, no han sido señalados en la demanda como reos, no es a ellos a quienes el demandante los disputa. Esa sentencia no los toca jurídicamente aunque económicamente ha de afectarlos en pro o en contra, según absuelva al demandado o lo condene.

Se tiene así un ejemplo clarísimo de coadyuvancia simple. En ella los coadyuvantes no habrían podido apelar del fallo adverso consentido por el demandado expresa o tácitamente; ni tampoco, aun siendo él y ellos apelantes, habrían podido llevar adelante su recurso en el evento de que el deudor desistiese del suyo.

En el presente pleito la coadyuvancia es litisconsorcial. Si a la sociedad conyugal Tobón-Faulhaber pertenecían los bienes vendidos por el marido y recuperados años después por la invalidación de esa compraventa y versa el litigio sobre nulidad de este último convenio, salta a la vista que la señora, por virtud de su calidad de miembro de esa sociedad, tiene un interés personal y directo en la controversia y relación jurídica con la compañía demandante y que su situación es tal que precisamente la pone dentro del alcance de la sentencia con su fuerza de cosa juzgada.

Preciso es, por tanto, reconocer que el desistimiento de Tobón no se lleva tras sí el recurso interpuesto por la señora y que éste ha de seguir en pie sostenido por la personería que a ella asiste en fuerza de su interés personal y directo y del alcance de la sentencia. A marido y mujer, hablando en la forma genérica que a lo normal corresponde, afecta por igual cuanto concierna a la marcha de su sociedad conyugal, así como a su liquidación.

Por lo expuesto, se resuelve:

1º—Admítese el desistimiento que el señor Jesús María Tobón hace del recurso de casación interpuesto por él contra la sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en este pleito, y

2º—Declárase admisible y ordénase, por tanto que siga su tramitación legal el recurso de casación interpuesto contra esa sentencia por la señora Concepción Faulhaber de Tobón.

Notifíquese.

Hernán Salamanca—José Miguel Arango—Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—El Conjuez, **Luis F. Latorre N. Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

PERJUICIOS — PRUEBA TESTIMONIAL — RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

1.—Si el Código Judicial en su artículo 697 para hallar plena prueba en la testimonial requiere el dicho de dos testigos concordantes en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, no priva de de todo valor probatorio al dicho de uno sólo, el que, según el artículo 696 ibidem, "constituye presunción más o menos atendible según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición". En la estimación de estos elementos tiene papel decisivo la conciencia del sentenciador. Es de recordarse cómo defiere la ley a ella en la determinación del convencimiento del juez.

2.—La ley establece en ciertos casos responsabilidad por hecho ajeno, según disposiciones complementarias de la responsabilidad por el hecho propio. Ese hecho ajeno ha de ser, para tal efecto, de persona que se halle bajo la dependencia o cuidado o al servicio de aquel a quien la ley impone tal responsabilidad. Así el padre y a falta de él la madre, respecto de sus hijos menores que habiten en la misma casa, el guardador respecto de la conducta del pupilo, el marido por la de su mujer, los directores de colegios y escuelas por sus discípulos mientras están bajo su cuidado, los artesanos y empresarios por sus aprendices o dependientes en el mismo caso, los amos por sus criados o sirvientes, dentro de las condiciones señaladas por los artículos 2347 a 2349 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Al Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín se repartió el presente juicio, incoado por medio de apoderado por los consortes Rafael Monsalve y Rosa Amelia Suárez sobre indemnización de los perjuicios de que adelante se hablará, contra el Municipio de Bello, a cuyo personero se notificó la demanda el 15 de noviembre de 1938.

Tramitada la primera instancia, el Juzgado la cerró con sentencia de 28 de junio de 1940 que acogió la acción, pronunció la condena pedida y señaló como monto de la indemnización $ 6.000, aunque el avalúo pericial señaló suma mayor, porque esa cifra fue límite fijado en su súplica por los actores. Estos no reclamaron. Apeló sólo el demandado. Seguida la segunda instancia, el Tribunal en sentencia de 22 de junio de 1944 la cerró confirmando aquélla. El representante del Municipio interpuso casación, recurso que aquí se decide por estar preparado debidamente. La Procuraduría General de la Nación por medio del Procurador Delegado en lo Civil, fundó en oportunidad el recurso. La parte demandante no ha gestionado en la Corte.

Juzgado y Tribunal llegaron a la referida conclusión condenatoria porque hallaron comprobados legalmente sus hechos fundamentales que en lo cardinal son: el 29 de octubre de 1937 tumbaron un árbol los empleados del Municipio en su empresa de energía eléctrica y lo hicieron en forma que, cayendo sobre dos crucetas, las derribó, por lo cual se reventó la línea primaria conductora; y esa noche Monsalve al encender la luz en su casa sufrió una descarga eléctrica, y al acudir en su auxilio su señora, sufrió la descarga ella también y por esto, a más de las quemaduras y otras lesiones del momento, les resultó a ambos incapacidad permanente para trabajar como antes, porque cada uno de ellos perdió el uso de una mano.

El señor Procurador Delegado acusa de quebranto de los artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del C. Civil por indebida aplicación, en razón de no estar comprobado ninguno de los elementos indispensables para una condena a indemnizar, a saber: culpa, daño y relación de causalidad entre los dos, y como senda por la cual se llegó a ese quebranto señala la errónea apreciación de las pruebas consistentes en declaraciones de testigos porque, en su sentir, el Tribunal, desoyendo las reglas pertinentes, en especial las de los artícu-

los 697 a 699 del C. J., dio por comprobados aquellos elementos sin estarlo.

Analiza esas declaraciones y, tomándolas una a una y señalando qué dice cada testigo y, sobre todo, qué no dice, llega a la conclusión de que no acreditan los mencionados elementos. No niega el accidente, el cual, de paso sea dicho, está comprobado en el proceso no solamente con prueba testimonial, sino con certificados médicos sobre tratamiento y hospitalización a Monsalve y señora. La parte demandada no niega el accidente ni los daños que a aquéllos causó.

Lo que niega el recurrente es que esté demostrada la culpa del Municipio y que por esa culpa se llegara a aquel daño. La base de su acusación, que está en su reparo sobre apreciación de pruebas, se resume así: no hay número plural de testigos que presenciaran la caída del árbol, no hay tampoco testigos, presenciales del accidente, no está probado que quienes derribaron el árbol fueran empleados del Municipio, ni tampoco que procedieran por orden de éste; ni está probado, mucho menos, que de la caída del árbol fuera de donde precisamente se derivó, en efectiva relación de causa a efecto, el accidente, el cual pudo producirse por imprudencia o descuido de Monsalve u otro motivo cualquiera.

El recurrente invoca el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., pues como ya se dijo, su cargo es el de violación por aplicación indebida de las citadas disposiciones del C. C., y la hace consistir o la deriva de lo antedicho sobre apreciación de las pruebas. Así pues, el recurso se formula en forma tal que su clave está en lo relativo a esta apreciación; de suerte que no puede prosperar sino en cuanto se halle justificado tal cargo.

Lo procedente es, pues, estudiar las referidas pruebas a fin de indagar si al apreciarlas incurrió "el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos", como reza dicho artículo 520 en la parte final del inciso 2º de su numeral 1º.

Es verdad que sólo uno de los testigos vio derribar el árbol; pero, si el C. Judicial en su artículo 697 para hallar plena prueba en la testimonial requiere el dicho de dos testigos concordantes en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, no priva de todo valor probatorio al dicho de uno solo, el que, según el artículo 696 **ibídem,** "constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición". En la estimación de estos elementos tiene papel decisivo la conciencia del sentenciador. Es de recordarse cómo defiere la ley a ella en la determinación del convencimiento del juez.

Además, varios testigos vieron caído el árbol con las consecuencias mencionadas y en la forma antedicha respecto de las crucetas y de la línea principal. Así se forma un conjunto de testimonios que acreditan fehacientemente ese hecho, punto de partida, sin lugar a conceptuar que el Tribunal erró al estimar que ese hecho está comprobado. Por otra parte, la defensa no estriba en negarlo sino en negar que sea culposo o que, si acaso lo es, de él se derive responsabilidad para el Municipio.

Análogamente, los testigos no vieron el choque mismo de que fueron víctimas los consortes hoy demandantes; pero en número plural declaran haber visto a éstos pocos momentos después, en forma de no dejar duda esta prueba, por lo mismo, de que el accidente se debió a la corriente eléctrica, mediante un corto circuito. Y sobre este hecho del accidente, como ya se dijo, la defensa no estriba en que no sucediera, sino en que no está demostrado, según el recurrente, que el Municipio sea responsable, tanto porque puede deberse a imprudencia o descuido de la víctima, o a cualquiera otra causa extraña, y, sobre todo, no se ha establecido la conexión de causalidad entre la caída del árbol y el accidente, cuanto porque falta también la prueba de la responsabilidad del Municipio. En otras palabras: por culposo que fuera el hecho inicial, o sea, el de tumbar el árbol en la forma antedicha, no hay pruebas de que de ese hecho se derivara el accidente sufrido por Monsalve y señora, y además, aunque esta relación se hubiese establecido, tampoco ni aun así podría hacerse responsable al Municipio, no habiendo prueba alguna de que la persona o personas que tumbaron el árbol fueran empleados o dependientes suyos.

La ley establece en ciertos casos responsabilidad por hecho ajeno, según disposiciones complementarias de la responsabilidad por el hecho propio. Ese hecho ajeno ha de ser, para tal efecto, de persona que se halle bajo la dependencia o cuidado o al servicio de aquél a quien la ley impone tal responsabilidad. Así el padre y a falta de él la madre respecto de sus hijos menores que habiten en la misma casa, el guardador respecto de la conducta del pupilo, el marido por la

de su mujer, los directores de colegios y escuelas por sus discípulos mientras están bajo su cuidado, los artesanos y empresarios por sus aprendices o dependientes en el mismo caso, los amos por sus criados o sirvientes, dentro de las condiciones señaladas por los artículos 2347 a 2349 del C. C.

Apenas habrá para qué decir que cuando quiera que se trata de esta clase de responsabilidades, que es indirecta, no sólo es necesario demostrar que el hijo, pupilo, dependiente o sirviente ha causado el daño, sino que es preciso también demostrar esa cualidad, o sea, la de hijo, pupilo, dependiente o sirviente de aquella persona a quien se demanda para que repare o indemnice.

En el presente caso el Tribunal procedió como si estas circunstancias y vínculo estuviesen comprobados, es decir, dando por demostrado que la caída del árbol causó el accidente y, además, que quienes tumbaron el árbol eran empleados dependientes del Municipío. Y como ninguno de estos dos elementos se halla acreditado en el proceso, se justifica el cargo de aplicación indebida de las leyes sustantivas que se acaban de citar.

Las reflexiones del Tribunal, apoyadas en fallos de la Corte sobre presunción de culpa en el ejercicio de actividades peligrosas, no tienen pertinencia en el presente caso por carecer de la base o punto de partida indispensable para su aplicación. Si el juzgador encontrara ante sí la demostración de que entre la caída del árbol y el accidente de Monsalve hubo relación de causa a efecto, entonces sí lógicamente cabría aducir aquella doctrina en apoyo de una conclusión sobre culpabilidad en quienes derribaron el árbol y si encontrara comprobada la dependencia de quienes derribaron el árbol respecto del Municipio, entonces sí con toda lógica también tendría que condenarlo en fuerza de la responsabilidad de éste por el hecho culposo de esas personas. Brillando por su ausencia en el expediente la prueba de esta dependencia, no se podría deducir responsabilidad a cargo del Municipio, aunque se hubiese establecido la relación de causalidad entre la caída del árbol y el daño sufrido por Monsalve y señora. Faltando también la prueba de esta relación de causa a efecto entre esa caída y este accidente, cobra mayor relieve el error del Tribunal en la estimación de las pruebas y el quebranto consecuencial de las citadas disposiciones sustantivas de cuya aplicación indebida acusa el recurrente.

Prosperando por lo mismo el cargo y debiendo infirmarse, por ende, el fallo recurrido, procede dictar el que ha de reemplazarlo (C. J., artículo 538). Las razones expuestas hasta aquí como determinantes de aquel resultado sobre el recurso, son motivación al propio tiempo del fallo de reemplazo aludido, puesto que, haciendo ellas ver que no están demostrados los fundamentos de la acción, el demandado debe ser absuelto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, y revocando la del Juzgado 2º Civil de ese Circuito de veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta, absuelve al Municipio de Bello de todos los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.) **Hernán Salamanca—José Miguel Arango—Isaías Cepeda—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA SENTENCIA

No es lo mismo la nulidad de un juicio que la de un acto o declaración de voluntad. Un acto de esa clase es nulo en los casos de los artículos 1740, 1741 y 2º de la Ley 50 de 1936, que modificó el 15 de la 95 de 1890, el cual no rige hoy. La nulidad de los juicios y de las sentencias, en casos verdaderamente restringidos, está contemplada en los artículos 457 y 478 del Código Judicial y reglamentada por ellos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón).

Gregoria Peña fue declarada hija natural de Avelino Villamarín en sentencia de 23 de agosto de 1940 proferida por el Juez de Circuito en lo Civil de Chiquinquirá, sentencia que quedó en firme.

Jorge, Eliécer, Luis Carlos y José María Silva Salazar, promovieron demanda ordinaria a fin de que se declare la nulidad de dicha sentencia.

El Juez del conocimiento, 1º del Circuito de Chiquinquirá, en sentencia de 25 de marzo de 1942, accedió a lo demandado, que apelado por Gregoria Peña, demandada, fue revocado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en fallo de 6 de octubre de 1943, siendo el caso de advertir que el negocio no llegó a la Corte sino hasta junio de 1944 y fue repartido en agosto de dicho año, en virtud del recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante.

Previo un estudio in extenso y abstracto del problema, la sentencia recurrida se funda en definitiva en que la parte demandante no ha demostrado su interés para incoar la presente acción, porque no acreditó debidamente el vínculo de consanguinidad con Avelino Villamarín, de quien los demandantes pretenden ser herederos abintestato y menos aún comprobaron que se hallen con éste en el cuarto grado civil de consanguinidad. Para llegar a esta conclusión el fallador de Tunja estudió y tuvo en cuenta las partidas de origen eclesiástico que con el objeto ya indicado presentaron los actores y halló que faltaban algunas para acreditar el vínculo que sostienen los liga con Villamarín.

Como lo observan, tanto el opositor como el Procurador Delegado, el recurso no sólo carece de técnica, sino que los argumentos que hace para sustentarlo son descaminados.

En efecto: El primer cargo consiste en que la sentencia viola los artículos 1740 y 1741 del C. Civil y 15 de la Ley 95 de 1890.

Sostiene el recurrente que en este pleito se ejercita una acción popular y que existe una nulidad que aparece del mismo acto, o sea de la sentencia cuya nulidad se impetra.

Se observa: No es lo mismo la nulidad de un juicio o de una sentencia que la nulidad de un acto o declaración de voluntad. Un acto de esa clase es nulo en los casos de los artículos 1740, 1741 y 2º de la Ley 50 de 1936, que modificó el 15 de la Ley 95 de 1890 el cual no rige ni regía al tiempo de proferirse la sentencia acusada, por lo cual su cita es impertinente. La nulidad de los juicios y de las sentencias, en casos verdaderamente restringidos, está contemplada en los artículos 457 y 478 del C. Judicial y reglamentada por ellos. En sentencia de 8 de octubre de 1938 (G. J. Nº 1941, pág. 256) dijo la Corte: "La jurisprudencia que no acepta la procedencia de la acción ordinaria encaminada a invalidar una sentencia fuera de los casos legalmente previstos (C. J., artículos 457 y 478) se funda en el respeto a la autoridad de la cosa juzgada y en la conveniencia social de no hacer interminables los litigios, pero se refiere como es natural y lógico, a sentencias firmes y ejecutoriadas que se han producido normalmente al final del curso completo del procedimiento adecuado".

La sentencia cuya nulidad se demanda está en firme y se dictó previo el respectivo procedimiento legal.

Los artículos 1740 y 1741 del C. Civil citados por el recurrente como violados, no tienen incidencia ni aplicación en el caso de este pleito, en virtud de la distinción de que se ha hecho mérito.

Menos aún puede sostenerse que se trata en el caso de este pleito del ejercicio de una acción popular, porque ésta se refiere a los intereses generales de la sociedad y no tiene cabida por ello cuando se trata de intereses meramente particulares o de familia. Es bien sabido que en materia de impugnación de la legitimidad, declaración judicial de la filiación natural, el legislador con mucho acierto restringe la acción y sólo la concede a determinadas personas en determinadas circunstancias y aun dentro de ciertos plazos, muy cortos, como cuando se trata de la impugnación de la legitimidad.

El cargo, por lo tanto, debe rechazarse.

En el segundo cargo se acusa el fallo como violatorio de toda la Ley 45 de 1936, del artículo 85 de la Ley 153 de 1887 y los artículos 1045 y 1046 del C. Civil, "comoquiera, dice el recurrente, que esas disposiciones no limitan el derecho de los colaterales sino hasta el décimo grado, y según las partidas que se acompañaron en el término de pruebas, mis mandantes se hallan más cerca del décimo grado de que hablan las disposiciones citadas".

Se responde: El interés de este pleito es meramente patrimonial porque los demandantes aspiran a recibir la herencia de Avelino Villamarín.

El fallador de Tunja encontró que con las partidas que presentan los actores no demuestran el parentesco con el finado Villamarín. No hay al respecto acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de esas pruebas, de modo que por este concepto la sentencia del Tribunal debe quedar en firme.

Pero hay más: La misma parte recurrente no afirma que los demandantes estén en el cuarto grado civil de consanguinidad sino que sostiene que se hallan cerca del décimo grado. Pues bien: Habiendo limitado la Ley 60 de 1935 la vocación hereditaria de los colaterales, hasta el cuarto grado, y no habiendo acreditado los demandantes que se hallan en ese grado de parentesco con el finado Villamarín, carecen de todo interés jurídico, de personería sustantiva, para incoar una acción como la presente. La sentencia no viola ni las disposiciones de la Ley 45 de 1936 ni los demás artículos invocados, por cuanto se funda en una disposición vigente de la ley, que reformó varios de los artículos que cita el recurrente, en cuanto limitó la vocación hereditaria de los colaterales al cuarto grado. El Tribunal no incidió en error de derecho al aplicar la Ley 60 de 1935 en la forma que lo hizo.

El cargo por lo tanto debe desecharse.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

VICIOS REDHIBITORIOS — PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial es pertinente siempre que se trate de demostrar judicialmente hechos cuyo conocimiento depende de la aplicación de principios o prácticas especiales de determinada ciencia o arte, distintos a la ciencia del derecho y en los cuales son expertos conocedores los peritos. Viene a tener oportunidad cuando se requiera hacer apreciaciones u observaciones técnicas, que exigen conocimientos especiales de índole profesional. De manera tal que al perito se recurre cuando al afirmarse la existencia de un hecho o su simple posibilidad, son de rigor conocimientos y experiencias de carácter técnico, o cuando debidamente comprobada la materialidad del hecho, es preciso estudiar y conocer a ciencia cierta su naturaleza, origen, calidad, etc., etc. Pero no es necesario que los peritos, para poder emitir un dictamen científico de los hechos sometidos a su estudio, tengan a la vista tales hechos en su desnuda realidad y materialidad, sino que basta con que se haya comprobado suficientemente que tales hechos existieron y que sólo resta conocerlos debidamente en sus factores científicos, en su origen y consecuencias, para que puedan dictaminar sobre ellos. De no ser esto así, nunca se podrían conocer una vez desaparecidos por alguna circunstancia fortuita o expresamente provocada. En todos los casos frecuentes de acontecimientos sísmicos y meteorológicos, en la destrucción de bienes y objetos por causa de culpa extracontractual, en los derrumbamientos, etc., nunca se podría encomendar a peritos el avalúo pericial de los daños sufridos, porque ya el acontecimiento se había realizado y los bienes u objetos materia de la justipreciación habían desaparecido por destrucción. De ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Corte acepten la prueba pericial en tales casos.

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Juicio ordinario

El Presbítero señor Juan N. Barrera, en demanda fechada el 14 de agosto de 1937, pidió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, que previa la tramitación de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.** — Que el señor Francisco Rojas S. está obligado a rebajar proporcionalmente el precio de la casa que le vendió al señor Presbítero Juan N. Barrera, mediante la escritura número 117, otorgada en la Notaría Segunda de Medellín, el 19 de enero de 1937, por los linderos ya descritos en esta demanda, por razón de los vicios redhibitorios de la cosa vendida por el señor Rojas al señor Presbítero Barrera, dichos.

"**Segunda.**—Que la cantidad que ha de rebajarse al precio debe ser determinada por peritos, dentro de este mismo juicio, o en juicio separado, en subsidio que lo sea en este mismo juicio.

"**Tercera.**—Que el señor Francisco Rojas está obligado a pagar al señor Presbítero Juan N. Barrera, dentro del plazo que usted señale, los perjuicios que haya sufrido y que sufra por razón de los vicios conocidos por el vendedor, o no conocidos por él, pero de tal naturaleza que ha debido conocerlos, fuera de la rebaja del precio que ya se solicitó.

"**Cuarta.**—Que los perjuicios que debe pagar comprenden el lucro cesante y el daño emergente.

"**Quinta.**—Que el valor que debe pagar como perjuicios el señor Rojas S. (el demandado) a mi poderdante (el demandante), debe ser el que dentro de este mismo juicio se compruebe haber sido, y en subsidio, que sea determinado por peritos.

"**Sexta.**—En subsidio de la 'Quinta': Que el valor que debe pagar el señor Francisco Rojas S., como perjuicios, al señor Presbítero Juan N. Barrera debe ser el que, en juicio separado se compruebe haber sido, y en subsidio, el que determinen peritos.

"**Séptima.**—Que en todo caso debe pagar el demandado los costos y costas de este juicio".

Como hechos fundamentales de su acción señala el actor los que pasan a resumirse:

Que entre el actor y el demandado se celebró un contrato de compraventa de la casa ubicada en la calle de Pichincha, de la ciudad de Medellín; que al Presbítero Barrera se le mostró el inmueble, el que presentaba las condiciones de una casa bien construída, en forma que no podía sospechar su mala construcción, la mala calidad de los materiales, ni el peligro que existía de habitar en ella; que con el fin de hacerle algunas reformas a la casa el Presbítero Barrera contrató los servicios de Obdulio Velásquez, experto en esos oficios, y el mencionado oficial descubrió que los pavimentos de los patios estaban hechos sobre tendidos de cañabrava empezada a podrir y que, con este descubrimiento se hizo una inspección más severa y entonces se constataron defectos de mayor categoría, tales como que los muros descansaban sobre encañados, una tapia estaba humedecida por descansar directamente sobre la tierra, y el dintel de una puerta —la de la sala—, en condiciones de ofrecer poca resistencia por su mala colocación o disposición.

Con todos los defectos anotados, sigue el actor, las consecuencias no tardaron en presentarse y se produjeron grietas en los muros, hundimientos de pisos en términos que la casa amenazaba ruina al tiempo de presentarse la demanda. Como todos esos vicios existían al momento de celebrarse la compraventa, sin que el vendedor Rojas los denunciara al comprador Barrera, sino que poco antes de venderla la había reformado con ánimo de darle mayor aspecto de solidez en su construcción, estima el demandante que se está en presencia de un caso de vicios redhibitorios que justifican las súplicas de la demanda.

El Juez de la instancia dictó el fallo de su competencia el 20 de junio de 1938, adverso a las pretensiones del actor, dado que negó las peticiones del libelo.

El Juez **a quo** hace una interesante disquisición acerca del fenómeno de la acción redhibitoria y encontrando que la prueba del demandante en la primera instancia se contrajo al dicho de testigos y que tratándose de vicios redhibitorios deben establecerse con el dictamen de expertos, concluye que el haz probatorio exhibido no es suficiente para demostrarlos. También se apoyó en una prueba pericial practicada extrajuicio por uno de los Juzgados del Circuito de Medellín, traída al proceso por el demandado, pero que el interesado no se sirvió de ella en el juicio porque los peritos negaron algunos hechos fundamentales sometidos a su consideración.

La sentencia acusada

Por virtud de apelación interpuesta por la parte actora pronunció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín sentencia fechada el 13 de diciembre de 1943, en la cual revoca la que fue materia del recurso y en su lugar declara que el demandado Francisco Rojas S. está obligado a rebajar el precio de la casa que le vendió al Presbítero Juan N. Barrera, segun escritura número 117 de 1937, de la Notaría Segunda de Medellín, por razón de los vicios de construcción que tenía dicha casa; a pagarle al actor el importe de dicha rebaja; a pagar al mismo los perjuicios de cualquier naturaleza que, por razón de los vicios de que se ha hablado, haya sufrido, incluídos el lucro cesante y el daño emergente; y que tanto la rebaja del precio como los perjuicios mencionados se regulen mediante el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J.

Para revocar la sentencia absolutoria de primer grado y declarar la existencia de los vicios redhibitorios alegados por el actor se funda el Tribunal en otra inspección ocular que en asocio de peritos practicó durante la segunda instancia. Considerando que los peritos fueron tres distinguidos ingenieros de reconocida capacidad científica, los doctores Horacio Ramírez, Antonio Alvarez Restrepo y Francisco Ruiz, acepta como debidamente comprobados los vicios anotados a la casa vendida. Estima que las conclusiones de los peritos Alvarez y Ruiz, aunadas a los otros elementos traídos al proceso, inclinan el ánimo del Tribunal a proferir la tesis de la gravedad de los vicios de construcción de la casa y ello en contradicción con las apreciaciones que, sobre la misma cuestión, hicieron los expertos Rodríguez e Isaza en la primera inspección ocular, practicada extrajuicio.

El recurso

Se alza en casación la parte demandada y acusa el fallo recurrido por la causal primera del artículo 520 del C. J., como violatoria de la ley sustantiva por errónea interpretación e indebida

aplicación de ésta y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Considera que el fallo ha violado por indebida aplicación los artículos 1914, 1915, 1917 y 1918 del C. C.; y por falta de aplicación los textos 593, 601, 274, 722 y 723 del C. J.

Alega el recurrente los siguientes razonamientos:

a) Que la finca vendida era un caserón viejo en que la construcción es lo que menos se aprecia y lo que se tiene en cuenta especialmente es el lote de terreno y su situación inmediata al centro comercial;

b) Que el comprador Presbítero Barrera es un negociante experto en el negocio de fincas raíces y tenía que aceptar de antemano que iba a comprar un viejo caserón, que no podía tener sistemas modernos de construcción en umbrales y paredes, en sus muros, patios y pisos, etc.; y que una casa de esa calidad está expuesta a costosas reparaciones;

c) Que tres meses después de comprada la casa el comprador pidió la práctica de una inspección ocular extrajudicial, con asocio de peritos, y los peritos dictaminaron que se trataba de una construcción antigua como era lo usual en la época de su edificación, pero que no se advertían daños propiamente graves que impidieran vivir en la casa, etc. Que dicho dictamen presta mérito de plena prueba, al tenor del artículo 722 del C. J. y el Tribunal fallador prescindió de él, lo que implica un error de hecho en su apreciación que lo llevó a aplicar indebidamente los artículos 1915 y 1918 del C. C.;

d) Que la inspección ocular practicada con intervención de peritos en la segunda instancia, por época tan posterior a los hechos y cuando los pretendidos vicios habían desaparecido y escapaban a su calificación pericial, es una prueba que no arroja luz probatoria porque no permitió ni al Tribunal ni a los peritos observar los vicios ocultos por sus propias y directas percepciones. En esas condiciones, no podía dársele valor probatorio a dicho dictamen, que sólo hace plena prueba cuando reúne los requisitos del artículo 722 del C. J., entre ellos el de percibir directamente los hechos sobre que versa el dictamen; por lo cual no se reunían los requisitos esenciales que para ser viable la acción redhibitoria prescribe el artículo 1915 del C. C.

Estudio de los cargos

a) No aparece fundado en los autos el primer razonamiento que hace el demandado recurrente de que la intención del comprador presbítero Barrera fue adquirir el lote de terreno en que está edificada la casa vendida, porque en tales casos el móvil determinante no es ni puede ser el de comprar el lote, aun cuando éste quede ubicado en un lugar urbano de envidiables condiciones, sino también incorporar al patrimonio del comprador una casa en condiciones normales para ser habitada. Bien está que la casa materia del contrato fuera una vieja edificación, pero aún así, habiéndola mejorado y reconstruído en parte el vendedor Rojas antes de darla a la venta, lo lógico y natural es aceptar que el comprador había tenido muy en consideración la edificación en sí misma, con el ánimo de aprovecharla para habitación, sin que tuviera vicios graves y ocultos que amenazaran ruina y pusieran en peligro la vida de sus habitantes.

Y es ésta la sana y natural interpretación que debe darse al móvil que guió al adquirente, si se tiene en cuenta que al celebrarse la compraventa, por medio de clausula expresa, se comprometió el vendedor al saneamiento de los vicios redhibitorios, cosa que no era necesario porque es de la naturaleza de tal contrato el saneamiento de esos vicios, aun cuando no se pacten. No resulta válido, por lo dicho, el argumento anotado.

b) Aun aceptada la hipótesis de que el presbítero Barrera fuera en realidad de verdad un experto en el negocio de fincas raíces y de que sabía que compraba un caserón de vieja edificación, que no podía tener sistemas modernos de construcción en umbrales, paredes, patios y pisos, etc., si tenía derecho el comprador para esperar y considerar que la casa, a pesar de su antigüedad de estilo y de sistemas, no tenía vicios ocultos de tal naturaleza graves que la hicieran inhabitable y que pudieran ocasionar su ruina y derrumbe en cualquier momento. Lo que consulta la índole y naturaleza jurídica de esta clase de convenciones es precisamente la hipótesis contraria, vale decir, que la casa adquirida, aun siendo de antigua data, sirviera para ser habitada sin peligro alguno para sus habitadores y sin que defectos fundamentales y graves en su construcción produjeran necesariamente su ruina inmediata.

De manera que tal argumento, alegado por el

recurrente, carece de valor legal para fundamentar el recurso y las violaciones de ley sustantiva invocadas.

c) Al tenor del artículo 1915 del C. C. los vicios de carácter redhibitorio deben reunir estas cualidades: a) Haber existido al tiempo de la venta; b) Que sean de tal manera graves que impidan al uso natural de la cosa vendida, en forma que se presuma que al conocerlos el comprador, no la hubiera adquirido o la hubiere comprado por un precio menor; c) No haberlos manifestado el vendedor o ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin grave negligencia de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos por razón de su profesión u oficio.

Coincide la Corte con la conclusión a que llega el Tribunal de que analizados los elementos probatorios traídos al juicio es de rigor aceptar que se hallan debidamente demostradas las dos primeras condiciones antes establecidas para la existencia de los vicios redhibitorios alegados por el actor, consistentes en que la casa materia de la compraventa tenía graves defectos congénitos en su construcción antes de pactarse la convención y que si el adquiriente Barrera los hubiera conocido no hubiera celebrado el negocio o lo hubiera realizado en otras condiciones en cuanto al precio.

Al efecto, en la inspección ocular extrajudicial, practicada con asocio de peritos antes de instaurarse esta acción y que ha sido exhibida como prueba por el demandado (fs. 12 y vto, cuad, pruebas demandado), se deja por los expertos constancia de estas observaciones de carácter técnico: "En dicha reconstrucción se observó lo siguiente: en la puerta de la sala que da al patio se estableció el hecho de que la umbralada de la puerta no alcanza a descansar sobre la tapia en su extremo oriental, sino que ese extremo quedaba al aire y estaba cubierta con papel y boñigas y la reventadura de la tapia vino a acusar el daño, lo que le consta a los testigos porque pusieron la nueva umbralada. La columna sobre la que descansan los canes del patio fue encontrada cuando se rompió el piso. Se observó también que en las piezas dos muros o paredes descansan sobre un tendido de cañabravas en muy mal estado y uno de ellos está rajado y el piso hundido... El Juzgado vio que el patio principal está construído sobre un tendido de cañabrava que descansa sobre un encanado de largueros y cuadros. La caña está podrida. En esta forma está construída toda la casa, del contraportón para dentro, a excepción de la sala".

El testigo Obdulio Velásquez, que fue el oficial a quien el comprador Barrera encomendó pocos días después de la operación la reparación de la casa, señala y determina los mismos defectos congénitos y ocultos en la cosa vendida y en el mismo sentido deponen Juan Restrepo y Rafael Mesa, quienes fueron llamados por Velásquez cuando descubrió los graves defectos de construcción. Acepta la Corte, como lo hizo a su vez el Tribunal, la deficiencia de la prueba testimonial para evidenciar esta clase de vicios y sólo alude a dicha prueba porque estima que viene a reforzar la pericial en cuanto a la existencia de los mismos.

En el plenario de la segunda instancia se practicó otra inspección ocular con asocio de tres distinguidos profesionales como peritos y del contexto de sus dictámenes se deduce que la umbralada era defectuosa; los pisos del corredor estaban construídos sobre un encañado sostenido por canes y éstos, a su vez, sostenidos sobre tacos de madera, haciéndose consistir el defecto en que siendo los materiales de una permeabilidad muy grande, de poca resistencia y fácil deterioro por la humedad, ceden hasta producirse grietas que ponen en peligro la estabilidad de la construcción; los muros divisorios estaban construídos sobre bases semejantes a los pisos del corredor y por tal deficiencia se produjeron hundimientos y grietas. En cuanto a la humedad de la tapia, por estar en contacto directo con dicha humedad, la considera el perito Restrepo A. como un serio peligro para la estabilidad de la edificación y además como un vicio oculto y el otro perito doctor Ruiz lo estima y valora como de consecuencias fatales seguras, aunque no inminentes y como de imposible observación sin desbaratar el piso.

Como resumen de sus observaciones técnicas el perito Restrepo A. califica los defectos antes indicados como graves vicios de construcción, no observables por personas inexpertas; el perito doctor Ruiz expresa que una casa edificada en tal forma no podía ser habitada con toda tranquilidad y que dada la inestabilidad de las bases de los pisos y de los muros lo prudente era no recomendarla para habitación. Agrega que cualquier comprador, al conocer esos vicios, no la hubiera adquirido o la hubiera valorado expresamente por el precio del terreno y un precio módico por los materiales aprovechables.

Se desprende de lo antes expuesto que el Tribunal no incurrió en error manifiesto de hecho, ni menos en error de derecho en la justipreciación que hizo de tales elementos probatorios, que son los legales y pertinentes para demostrar esta clase de vicios redhibitorios y no hay, por lo tanto, fundamento alguno para que esta Sala de casación declare tales errores y proceda, en consecuencia, a quebrar el fallo acusado para proferir en instancia el absolutorio que deba sustituirlo.

d)) Alega la parte demandada que los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia fundaron su dictamen sobre el dicho de testigos y que no puede dársele a esa prueba plena validez porque no apreciaron los hechos y los vicios por sus propias y directas percepciones, dado que la casa había sufrido cuando realizaron la inspección las reformas o reconstrucciones que ordenó hacer el comprador Barrera. Ataca, por lo tanto, esos experticios porque aparecen tan sólo fundados en los testimonios de personas que dicen haber conocido la casa antes de dichas obras.

Se considera:

La prueba pericial es pertinente siempre que se trate de demostrar judicialmente hechos cuyo conocimiento depende de la aplicación de principios o prácticas especiales de determinada ciencia o arte, distintos a la ciencia del derecho y en los cuales son expertos conocedores los peritos. Viene a tener oportunidad cuando se requiera hacer apreciaciones u observaciones técnicas, que exigen conocimientos especiales de índole profesional. De manera tal que al perito se recurre cuando al afirmarse la existencia de un hecho o su simple posibilidad, son de rigor conocimientos y experiencia de carácter técnico, o cuando debidamente comprobada la materialidad del hecho, es preciso estudiar y conocer a ciencia cierta su naturaleza, origen, calidad, etc.;

Pero no es necesario que los peritos, para poder emitir un dictamen científico de los hechos sometidos a su estudio, tengan a la vista tales hechos en su desnuda realidad y materialidad, sino que basta con que se haya comprobado suficientemente que tales hechos existieron y que sólo resta conocerlos debidamente en sus factores científicos, en su origen y consecuencias, para que puedan dictaminar sobre ellos. De no ser esto así, nunca se podrían conocer una vez desaparecidos por alguna circunstancia fortuita o expresamente provocada. En todos los casos frecuentes de acontecimientos sísmicos y meteorológicos, en la destrucción de bienes y objetos por causa de culpa extracontractual, en los derrumbamientos, etc., nunca se podría encomendar a peritos el avalúo pericial de los daños sufridos, porque ya el acontecimiento se había realizado y los bienes u objetos materia de la justipreciación habían desaparecido por destrucción.

De ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Corte acepten la prueba pericial en tales casos. Ya dijo la Corte: "La esencia de la prueba pericial no consiste en que los elementos de apreciación sean presentes o pretéritos, sino en la estimación misma hecha por personas que tengan conocimientos especiales en la materia. La circunstancia de que el perito haga **de visu** su apreciación, sólo influye en el sentido de que merece mayor fe la prueba, según la regla del artículo 80 de la Ley 105 de 1890" (J. de la C. Tomo 2º número 2.037). Y en otro fallo se expresó así: "Los peritos pueden hacer sus apreciaciones no solamente **de visu,** sino refiriéndose también a datos de terceros siempre que en este caso, los hechos pretéritos, base de la estimación, estén debidamente comprobados en el juicio". (J. de la C. Tomo 3º número 3.239).

Fuera de lo dicho, conviene observar aquí que si los peritos dictaminaron sobre la naturaleza de hechos ya ocurridos, éstos estaban suficientemente probados en la diligencia de inspección ocular extrajudicial, exhibida y aceptada como prueba, en la que el juez dejó constancia de sus propias y directas observaciones. Los testigos que intervinieron en dicha diligencia sólo se limitaron a verificar la existencia física de los hechos y posteriormente los peritos determinaron su naturaleza y consecuencias técnicas, como vicios ocultos de la cosa.

Se desprende de lo expuesto que el Tribunal sí apreció debidamente la primera diligencia de inspección ocular y el consiguiente dictamen pericial; que no incurrió en errores manifiestos de hechos ni de derecho al apreciar el segundo dictamen de peritos. Son infundados los cargos presentados y no es el caso de infirmar el fallo recurrido.

Fallo

En mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la Re-

pública 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 día 3 de diciembre de 1943.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

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



ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS — "REFORMATIO IN PEJUS". PRUEBA PERICIAL.

1.—El límite que le impide al Tribunal reformar la resolución de qué conoce como Juez "ad quem" está constituído por la propia voluntad del recurrente, que es libre para someter a la decisión del superior sus propios intereses con la amplitud que quiera darle a su recurso. Cuando un recurrente no ataca sino lo desfavorable que contra él contiene una providencia judicial no recurrida por su contraparte, en lo que le favorezca es inmodificable; pero cuando él mismo expresa categóricamente su voluntad en contrario atacando por ilegal la solución que lo favorece, no existe la limitación para decidir el recurso porque en tal caso desaparece su fundamento que no es otro que una presunta interpretación de la voluntad de quien recurre. El recurso extraordinario de casación tiene, con más rigor que las instancias del juicio, el objeto, contenido y alcance que determine la parte que lo interpone, quien en realidad circunscribe y delimita la jurisdicción de la Corte con la enunciación de sus acusaciones. Es obligatorio darle a la decisión del recurso la extensión fijada y solicitada por el recurrente en el sentido de conformar el fallo acusado a la ley, sin consideración a su propio interés voluntariamente contrariado. Con esta interpretación de lo que debe entenderse por "objeto del recurso" en el artículo 494 del C. J., queda a salvo el fin primordial del recurso de casación, instituído en interés de la ley.

2.—El artículo 1617 del C. C., se refiere a los perjuicios simplemente moratorios, esto es, a los que provienen de la sola mora en el pago, la cual no puede existir sino a partir de la fecha en que nace y se hace exigible la obligación de pagar la cantidad de dinero, y no a los perjuicios compensatorios a que alude el artículo 1613 ibídem.

3.—Muchas son las sentencias en que la Sala de Casación Civil ha expuesto y sostenido la doctrina de que la prueba pericial no obliga sino a través de la avaluación jurídica que de ella haga el Juez sentenciador, a quien compete en definitiva determinar el mérito y valor demostrativo del peritazgo. "Pero esta facultad judicial de calificación fundamental del peritazgo —dijo la Corte en sentencia visible a la pág. 296 del Tomo LI de la GACETA JUDIGIAL— no autoriza, tratándose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica para que los Magistrados o Jueces proceden a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el artículo 79 de la Ley 105 de 1890 en el antiguo régimen probatorio..."

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

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca).

Con ocasión de los fuertes aguaceros que cayeron sobre Bogotá los días 14 y 19 de noviembre de 1932, que revelaron los graves errores y deficiencias técnicas con que fue construído por medio de contratista el colector del río San Francisco y alcantarillas de las casas aledañas, en el trayecto comprendido entre las carreras 9ª y 10ª, descritos puntualizadamente en varias decisiones que sobre responsabilidad civil del Municipio de Bogotá por ese hecho ha dictado la Corte, se destruyó la casa y locales accesorios, ubicada en el barrio de La Catedral, en la confluencia de la calle 14 con la Avenida Jiménez de Quesada, de propiedad de Pedro A. López.

Después de inútiles esfuerzos por acordar extrajudicialmente la indemnización por los daños causados, el propietario del inmueble, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado 3º Civil de este Circuito al Municipio de Bogotá en acción de responsabilidad civil para la reparación de los perjuicios. Muerto el señor López antes de surtirse la notificación legal de la demanda, sus herederos, por medio de mandatario judicial, en libelo de fecha 3 de noviembre de 1937, demandaron al prenombrado Municipio para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se le condenara a pagarles las siguientes cantidades:

"a) La suma de ($ 30.000) treinta mil pesos

moneda corriente por el valor total de la edificación destruída por las inundaciones ocasionadas con las aguas provenientes del colector del río San Francisco de esta ciudad. Suma ésta que equivale al daño emergente sufrido por mis mandantes;

"b) El lucro cesante que dejó de ganar el señor López y hoy sus herederos, como productos de los arrendamientos de dicha casa a razón de doscientos cincuenta pesos ($ 250) mensuales por el valor de ella, desde el 19 de noviembre de 1932 fecha en que fue destruída la casa por las inundaciones, hasta el 19 de octubre del presente año o sea la cantidad de quince mil doscientos cincuenta pesos moneda corriente ($ 15.250);

"c) La cantidad equivalente a los arrendamientos cuyo valor hubieran devengado mis mandantes desde el 19 de octubre del presente año, hasta la fecha en que se verifique el pago de los daños o perjuicios reclamados;

"d) La suma de treinta mil pesos moneda corriente ($ 30.000) en que estimaba don Pedro y hoy sus herederos, los perjuicios ocasionados por el Municipio de Bogotá, en fuerza de la destrucción de la referida casa, sobre la cual iba a recibir del Banco Central Hipotecario, con garantía hipotecaria en tal casa la suma de veintiseis mil trescientos veintitrés pesos con cuarenta y cinco centavos moneda corriente, operación que no pudo verificarse causándole enormes perjuicios económicos y morales para el señor López a causa de esa destrucción, y

"e) La cantidad de setenta y un mil doscientos veinte ($ 71.220) moneda corriente, equivalente a los daños o perjuicios sufridos por la desvalorización del lote a causa de las inundaciones que destruyeron la casa, a razón de sesenta pesos moneda corriente por vara cuadrada, cantidad en que estiman mis mandantes la desvalorización que sufrió cada vara cuadrada".

El Personero Municipal, al contestar el traslado legal de la demanda, negó la mayor parte de los hechos fundamentales y se opuso a que se hicieran las condenaciones pedidas. Trabada de este modo la litis, al final de los trámites de la instancia en que se hizo un copioso aprovechamiento del término probatorio, el Juzgado del Circuito, en sentencia definitiva del 23 de mayo de 1941, declaró la responsabilidad civil del Municipio demandado y lo condenó a pagar a los actores, seis días después de ejecutoriado el fallo, las siguientes sumas:

"a) La cantidad de $ 30.000 moneda corriente equivalente al valor total de la edificación destruída;

"b) La cantidad de $ 240 mensuales desde el día 19 de noviembre de 1932, hasta el día en que se verifique el pago de los daños y perjuicios reclamados;

"c) La cantidad de $ 9.080 moneda corriente por no haberse logrado la cancelación del gravamen hipotecario constituído por el señor Pedro A. López sobre el referido inmueble destruído;

"d) La cantidad de $ 71.343.60 moneda corriente como precio de la desvalorización del lote en que se encontraba edificada la casa materia de este juicio". Sin costas.

Sentencia acusada

El recurso de apelación interpuesto por el Municio llevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde se tramitó el segundo grado del juicio que finalizó con la sentencia del 9 de diciembre de 1943, en la cual se declara al Municipio civilmente responsable por los perjuicios demandados y se le condena a pagar a los demandantes, dentro del término de seis días, las siguientes cantidades de dinero:

"a) La cantidad de $ 30.000 moneda corriente, equivalente al valor total de la edificación destruída; y los intereses legales de esta suma, a partir del 29 de mayo de 1934, hasta el día del pago de la expresada cantidad, en acuerdo con lo indicado en la parte motiva de este fallo;

"b) La suma de $ 3.483.33 moneda corriente, valor correspondiente a los arrendamientos dejados de percibir por el propietario de la misma casa a razón de $ 190 por cada uno de los meses comprendidos entre el 19 de noviembre de 1932 hasta el día 29 de mayo de 1934, fecha en que fue vendido el lote en que se hallaba la edificación destruída por causa de los hechos de que da cuenta el numeral primero de la parte resolutiva de este fallo;

"**Parágrafo.**—Por quien corresponda, téngase en cuenta la manifestación que hacen los apoderados de las partes en su memorial del folio 10 de este cuaderno".

Por todos los demás cargos de la demanda fue absuelto el Municipio, y tampoco se hizo condenación en costas.

En su extensa y puntualizada sentencia recuerda el Tribunal que la jurisprudencia y la doctrina aceptan la responsabilidad civil de las personas

jurídicas de derecho público por culpa de sus agentes legales en el funcionamiento de los servicios públicos y estudia a la luz de los elementos probatorios del proceso la existencia del hecho culposo, la realidad del daño sufrido y la relación de causalidad entre el daño y la culpa, hallando que están plenamente establecidos en este caso todos estos factores integrantes de la responsabilidad civil. En capítulo final, intitulado "Valor de perjuicios" y siguiendo el orden de las súplicas de la demanda, se analiza y aprecia la prueba pericial producida en las instancias sobre avaluación del perjuicio causado. Sobre este último sector de la sentencia se enfoca exclusivamente el interés del recurso ante la Corte.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segundo grado interpusieron ambas partes el recurso de casación que hoy decide la Corte por estar legalmente preparado.

Recurso de la parte demandante—"Aduzco como causal de infirmación del fallo en la parte recurrida por mí —dice este recurrente— la primera del artículo 520 del C. J. En dicha parte del fallo hubo apreciación errónea de la prueba pericial, por interpretación errónea de los dictámenes y falta de apreciación de otros dictámenes, lo que dio por consecuencia la violación de la ley sustantiva, como lo son los artículos 1613, 1614, 2341 a 2344, 2350, 2351 y 2356 del C. C. También con ello se dio lugar a la contravención de la ley que establece y valora la prueba pericial como son los artículos 705, 718, 720, 721, 722 y 723 de la Ley 105 de 1931, todas de carácter sustantivo puesto que reconocen el derecho a la prueba pericial así como el valor de ella, lo que induce error de derecho y todo ello indebida aplicación o falta de aplicación de las expresadas disposiciones del C. C....."

Por razones de orden y claridad, se estudian y consideran los cargos en relación con cada uno de los pedimentos hechos en la demanda del pleito, distinguiéndolos con la correspondiente letra con que fueron transcritos al principio de este fallo, como lo hace el recurrente en los diversos parágrafos de su acusación.

Petición a) Esta primera solicitud de la demanda, referente al valor de la casa arruinada por la inundación, fue decidida en la sentencia acusada condenando al Municipio a pagar los $ 30.000 pedidos por los actores "y los intereses legales de esta suma, a partir del 29 de mayo de 1934, hasta el día del pago de la expresada cantidad".

Respecto de la cifra en que fue compensado el edificio destruído, fijada pericialmente y de manera unánime en las dos instancias, nada hay que observar porque tal extremo ha sido aceptado por las partes y contra él no se endereza ninguna acusación. La jurisdicción del recurso no lo cobija por tanto.

En relación con la condena al pago de intereses legales de esa suma, con que el Tribunal adicionó oficiosamente la súplica de la demanda, sí es procedente formular algunas consideraciones que conducen a la casación, de esta parte de la sentencia, haciendo pie para ello, en las razones de ilegalidad con que el propio recurrente-demandante ataca esta solución de la sentencia, no objetada por el Procurador Delegado en lo Civil a cuyo cargo ha estado la defensa de los intereses municipales ante la Corte. No paraliza la jurisdicción de esta Superioridad la circunstancia de ser benéfico para el recurrente, y no atacado por la contraparte, el punto que va a ser objeto de modificación en el recurso, porque entiende la Sala que en las precisas condiciones de este caso no opera el principio consignado en el artículo 494 del C. J. (**reformatio in pejus**), en virtud del cual el Superior dentro de la jerarquía jurisdiccional que conoce de un negocio por efecto de un recurso legal no puede enmendar la providencia recurrida en sentido que desmejore la situación procesal adquirida por el recurrente.

El límite que le impide reformar la resolución de que conoce como Juez **ad quem** está constituído por la propia voluntad del recurrente, que es libre para someter a la decisión del Superior sus propios intereses con la amplitud que quiera darle a su recurso. Cuando un recurrente no ataca sino lo desfavorable que contra él contiene una providencia judicial no recurrida por su contraparte, en lo que le favorezca es inmodificable; pero cuando él mismo expresa categóricamente su voluntad en contrario atacando por ilegal la solución que lo favorece, no existe la limitación para decidir el recurso porque en tal caso desaparece su fundamento que no es otro que una presunta interpretación de la voluntad de quien recurre. El recurso extraordinario de casación tiene, con más rigor que las instancias del juicio, el objeto, contenido y alcance que determine la parte que lo interpone, quien en reali-

dad circunscribe y delimita la jurisdicción de la Corte con la enunciación de sus acusaciones. Es obligatorio darle a la decisión del recurso la extensión fijada y solicitada por el recurrente en el sentido de conformar el fallo acusado a la ley, sin consideración a su propio interés voluntariamente contrariado. Con esta interpretación de lo que debe entenderse por "objeto del recurso" en el artículo 494 del C. J., queda a salvo el fin primordial del recurso de casación, instituído en interés de la ley.

Tal lo ocurrido en este caso, en que el mismo beneficiario de una ilegalidad del Tribunal solicita su enmienda. En los siguientes pasajes de la demanda de casación con que la parte demandante ha fundado su recurso, en capítulo en que se refiere al lucro cesante, está claramente expresada la acusación contra la parte en que la sentencia recurrida adicionó de manera oficiosa la demanda con la condena al pago de intereses:

"En cuanto al procedimiento empleado por el Tribunal —dice el abogado de los actores en el juicio— de variar la indemnización, en parte, estableciendo para el período posterior a la venta de la casa el pago no de la renta o canon de que el señor López fue privado sino el de los intereses legales del valor de la edificación destruída, tenemos que ello entraña un procedimiento violatorio de los artículos 1613 y 1614, ya invocados, del C. C., con la indebida aplicación del artículo 1617 del mismo... Es forzoso y justo volver al sistema de la sentencia de primera instancia ordenando el pago de los cánones o ganancia dejada de reportar, que fue lo demandado y no intereses porque no se trataba de mutuo ni de obligación de pagar dinero, sino de indemnizar una pérdida y una ganancia frustrada por culpa del demandado".

Plenamente fundado es este cargo porque no hay duda de que el Tribunal no podía, sin incurrir en ilegalidad, condenar a una prestación que no se había solicitado en la demanda original de la litis, y que, ni aun habiéndose demandado podía decretarse, porque no habiéndose impuesto en la sentencia de primer grado, contra la cual no recurrió sino el Municipio demandado, era ilegal hacer más onerosa su condena. Ahí y entonces sí era de aplicación el principio de la **reformatio in pejus.** Es claro el quebranto de los textos legales que señala el recurrente porque el artículo 1617 del C. C. se refiere a los perjuicios simplemente moratorios, esto es, a los que provienen de la sola mora en el pago, mora ésta que no puede existir sino a partir de la fecha en que nace y se hace exigible la obligación de pagar la cantidad de dinero, y no a los perjuicios compensatorios a que alude el artículo 1613 **ibidem,** que en este caso están representados por el valor en que fue apreciado el edificio destruído.

Peticiones b) y c) Se pide en ellas, a título de indemnización por el lucro cesante, el valor de los arrendamientos de la casa que los demandantes dejaron de percibir a consecuencia de su destrucción, desde el 19 de noviembre de 1932, fecha de la ruina, hasta el día en que se verifique el pago de los perjuicios, a razón de $ 250 mensuales.

Con el objeto de avaluar este lucro cesante, por concepto de los frutos civiles dejados de percibir por causa de la destrucción del inmueble, se practicó prueba pericial en la primera instancia con el siguiente resultado: el perito nombrado por la parte demandante fijó en $ 240 la renta mensual del arrendamiento; el de la parte demandada en $ 190, y el tercero en discordia adhirió al avalúo de $ 240.

También en segunda instancia se obtuvo peritaje para el mismo avalúo, y en éste, de común acuerdo los peritos señalaron la cifra de $ 250 como valor mensual del arrendamiento de la casa.

La sentencia no examina ni analiza las explicaciones y razones fundamentales de estos dictámenes periciales para fijar el **quantum** de la indemnización por lucro cesante. No dice por qué no acoge y rechaza el justiprecio acorde de los dos peritos mayoritarios de la primera instancia, ni el avalúo unánime de los expertos que intervinieron en el experticio de la segunda. Se limita a enunciar el resultado de estas pruebas, y para asentar su convicción "el Tribunal acepta y acoge el concepto" del perito que por parte del Municipio intervino en la prueba pericial practicada en el Juzgado del Circuito, que fijó el fruto mensual de la casa en $ 190 fundándose en que en el proceso obra un boletín de solicitud de préstamo bancario suscrito por don Pedro López en que da el dato de la productividad de la finca en esa cifra. De esta manera el Tribunal no hizo, como legalmente estaba obligado a hacerlo para desestimarla, la descalificación analítica de los fundamentos y explicaciones de la prueba pericial, que está constituída en este caso, según la ley, por el dictamen uniforme de dos peritos. El

concepto minoritario de un solo perito en caso en que han intervenido tres, dos de los cuales han dictaminado de acuerdo, no es la prueba pericial, cuyo mérito y valor obligatorio está graduado y determinado en el Parágrafo 2º, del Capítulo VIII del Libro II del C. J.

Visible está en esta apreciación probatoria del Tribunal el error de derecho que le imputa el recurrente en el cargo que se considera. Muchas son las sentencias en que esta Sala de Casación Civil ha expuesto y sostenido la doctrina de que la prueba pericial no obliga sino a través de la avaluación jurídica que de ella haga el Juez sentenciador, que es a quien compete en últimas y en realidad, determinar el mérito y valor demostrativo del peritazgo. "Pero esta facultad judicial de calificación fundamental del peritazgo —dijo la Corte en sentencia visible a la página 296 del Tomo LI de la G. J.— no autoriza, tratándose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica para que los Magistrados o Jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia, con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el artículo 79 de la Ley 105 de 1890 en el antiguo régimen probatorio. Ahora los casos que pueden ocurrir sobre justiprecio judicial del mérito del peritazgo cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica están previstos y regulados en el artículo 721 del C. J., así:

"Si el dictamen uniforme de dos peritos es explicado y está debidamente fundamentado en concepto del Juez, en relación con todos los elementos del proceso y ha sido, además, obtenido con observancia de las fórmulas y requisitos legales, tiene el valor de plena prueba y obliga al juez.

"Si hay desacuerdo entre los dos peritos por divergir en la conclusión del valor, **quantum debeatur,** como el artículo que se estudia ha de relacionarse con el 716 del C. J., la intervención del perito tercero puede plantear una de estas dos situaciones, cuando no adhiere al dictamen de uno de los dos principales: si las tres cifras del avalúo son distintas y la diferencia entre los dos extremos no excede del cincuenta por ciento de la cantidad menor, el juez queda obligado, naturalmente si se llenan también las condiciones generales ya vistas, por el medio aritmético, esto es, la cifra que resulte de dividir por tres la suma de las tres cantidades.

"En el caso de que la diferencia entre las cifras extremas de los tres avalúos exceda de la mitad de la cantidad menor, es el único evento en que el juez tiene facultad legal para hacer la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe.

"En las preinsertas reglas y ocurrencias ha determinado la ley el mérito probatorio que el juez está obligado a reconocer a un peritazgo de la especie del que se trata, y de acuerdo con ellas la apreciación que el Tribunal hizo del experticio de autos no encaja dentro de las normas legales que no autorizan, como se ha visto, la arbitrariedad judicial cuantitativa en presencia de un avalúo rendido uniformemente por los peritos principales, y al frente del cual el juez no puede sino aceptarlo si a su juicio está explicado y debidamente fundamentado, o desecharlo en el caso contrario".

La estimación probatoria que corresponde ahora a la Sala para justipreciar el lucro cesante comprendido dentro de la indemnización demandada, a través o por efecto de la casación parcial a que da lugar la prosperidad del cargo que se ha visto, va a aceptar el avalúo pericial uniforme practicado legalmente ante el Tribunal, con la plenitud probatoria que le corresponde por considerarlo suficientemente explicado y debidamente fundamentado. Estas calidades legales del dictamen, que le comunican su máximo valor probatorio, se revelan en las razones de ubicación del inmueble, época a que se refiere el avalúo, fin a que estaba dedicada la casa y demás razones fundamentales que hacen ver lejano de toda desproporción y exceso el avalúo de $ 250 por renta mensual de arrendamiento de un edificio que tenía siete locales independientes y su parte interior, de buena capacidad, destinada a hotel, y en sector muy comercial y valioso de la ciudad.

"El valor de la renta líquida —dicen acordemente los peritos cuyo dictamen acoge la Corte— que producía la edificación de propiedad de don Pedro A. López, materia del pleito en que rendimos este dictamen, hasta fines del año de 1932 (antes de la inundación), era de doscientos cincuenta pesos mensuales. De esta fecha en adelante hasta mayo de 1934, época en que la propiedad fue trasferida a otro dueño, le señalamos la misma renta mensual líquida de doscientos cincuenta pesos.

"Explicamos: suficientemente establecido está, así lo aceptamos, que la casa en referencia venía siendo utilizada para el servicio de hotel y que devengaba un arrendamiento superior a trescientos pesos. Si se tiene en cuenta el porcentaje que es de uso señalar para coeficiente de desocupación, impuestos y reparaciones ($ 90 al mes), queda como saldo mínimo para la renta líquida el que hemos señalado. Y como de fines del año de 1932 hasta mayo de 1934 no se registró factor económico o circunstancia alguna que modificara en forma apreciable la posibilidad de producción bien fuera desfavorable o de valorización ostensible de la capacidad de renta, la apreciación más segura es la que adoptamos, fijando, como lo hacemos, la misma renta líquida para los dos períodos a que la cuestión se refiere. Nótese que estas cifras guardan perfecta relación con el valor de la edificación señalado en el punto primero, o sea una capacidad de renta inferior al uno por ciento mensual en punto muy importante y céntrico de la ciudad, sin tener en cuenta el valor independiente que el lote tenía".

El cargo lo extiende el recurrente contra la parte de la sentencia en que el Tribunal limitó temporalmente la indemnización por lucro cesante al valor de los arrendamientos dejados de percibir desde que se arruinó el edificio hasta el día 29 de mayo de 1934, fecha en que fue vendido y materialmente entregado el lote en que se hallaba la casa a Gustavo Restrepo, según escritura pública Nº 1124 de esa fecha, otorgada ante el Notario 2º de esta ciudad; pero por este aspecto la acusación carece totalmente de fundamento y razón. No se trata desde luego, en esta parte, de que el sentenciador haya estimado equivocadamente la prueba pericial, ni de que ésta esté o no bien fundada y explicada. Lo que jurídicamente respalda y justifica esta decisión del Tribunal es la falta de derecho en los actores para demandar por frutos de una cosa después de que dejó de ser suya, y contra esta fundamentación no se dirige válidamente ningún ataque por ilegalidad. Las cosas fructifican y se pierden para su dueño, de modo que liquidar lucro cesante en la forma pretendida en la demanda, más allá del día en que fue enajenado el dominio del lote cuestionado, como si permaneciera improductivo en el patrimonio de los demandantes, conduciría a decretar un enriquecimiento injusto o sin causa. Por esto está bien sentenciada la indemnización por lucro cesante en sólo los 18 meses y diez días computados en el fallo acusado.

Petición d)—Se refiere a la suma de $ 30.000 en que estiman los actores el monto de "los perjuicios emergentes del hecho de no haberse podido coronar con éxito la operación de préstamo" propuesta por don Pedro López al Banco Central Hipotecario, con garantía de la casa de que se trata, y aceptada en principio por el Banco.

La prueba pericial practicada para demostración y aprecio de este pretendido perjuicio, dió el siguiente resultado: el perito nombrado por la parte demandante avaluó el daño en $ 9.080.86; el de parte demandada lo estimó en $ 6.580.86, y el tercero, llamado para dirimir la discordia de los principales, adhirió al parecer del primero.

La sentencia es absolutoria respecto de este pedimento por haber considerado el sentenciador que no está demostrada la existencia del daño cuya reparación se pide. El fallador desestima el dictamen pericial por considerar desacertadas e irreales las razones en que se fundamenta. "Considera el Tribunal —dice la sentencia— que los datos que arroja el expediente, los mismos que tomaron en cuenta los peritos, no dan base cierta y suficiente para sacar avante la apreciación con que finaliza el concepto, toda vez que los expertos para fundar su concepto parten de hechos apenas hipotéticos, apenas posibles en el tiempo; sin embargo, los peritos los dan por consumados, como cumplidos, como ciertos. Pero resulta que el Banco no aprobó definitivamente el préstamo para don Pedro A. López, únicamente lo aceptó en principio, para discutirlo, para estudiar los títulos de la finca ofrecida en garantía y avaluarla. Probablemente la solicitud en relación habría tenido solución favorable, es de suponerlo; posiblemente el señor López habría hecho las operaciones de bolsa o compra de cédulas o bonos de que hablan los peritos para redimir en mejores condiciones otra deuda que tenía a su cargo. Sin embargo, estas consideraciones se fundan únicamente en suposiciones, en apreciaciones o en cálculos, sujetos como tales a consideraciones contrarias, no hábiles por tanto para tenerlas como fuente de la cual puedan derivarse perjuicios, porque como lo ha dicho la Corte, "en todo juicio de responsabilidad contractual es indispensable demostrar plenamente la existencia de un perjuicio cierto

y personal derivado también de hechos ciertos cualquiera que sea la naturaleza jurídica del que demanda para tener derecho a la reparación pretendida, porque en materia civil todo ha de ser pedido, probado y alegado según el viejo principio".

La Sala encuentra inobjetables las preinsertas razones en que se basó la sentencia de segunda instancia para denegar una indemnización por perjuicios cuya existencia y relación de causalidad con el hecho que se señala como fuente no aparecen establecidos directamente sobre un plano de realidad y certeza. "Es cuestión reconocida y corriente en jurisprudencia y doctrina, como fruto del criterio objetivo y realista que debe primar en cuestiones indemnizatorias, que para que el daño pueda ser fuente de reparación debe ser cierto, esto es, corresponder a una realidad positiva, apreciable y no significar simplemente mera posibilidad edificada sobre suposiciones e hipótesis, lo cual, como es obvio, no excluye la indemnización del perjuicio futuro propiamente dicho, o sea, el que lógica y ciertamente habrá de causarse como consecuencia de un hecho cumplido, sin ninguna incertidumbre". (Sentencia de 14 de agosto de 1944).

En presencia de las razones de desestimación probatoria que trae el fallo recurrido, el cargo por error de derecho en el justiprecio de la prueba pericial es inválido, pues el Tribunal se movió dentro de la órbita legal que le compete para la calificación del mérito de esa prueba, "porque es verdad —como lo ha dicho esta Sala, G. J. Tomo XLVI p. 422— que en los Artículos 721 y 722 del C. J. se da al dictamen pericial la categoría de plena prueba, también es verdad que allí se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reunirse para que tal plenitud probatoria se realice. No se establece en estos artículos del Código la imperativa **aceptación mecánica** por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de ejercitarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien las reconoce o niega, para otorgar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos".

Petición e)—Trata este último pedimento de la demanda de los perjuicios que los demandantes dicen haber sufrido por la desvalorización del lote a consecuencia de las inundaciones que destruyeron la casa en él edificada.

Como en relación con las anteriores peticiones del libelo, también se produjo prueba pericial para establecer el detrimento patrimonial sufrido por los demandantes por causa de la pretendida desvalorización del terreno. Fue avaluado este perjuicio en la suma de $ 71.343.70 por el perito nombrado por la parte demandante a cuyo concepto adhirió el tercero. El avaluador nombrado por el Municipio conceptuó que estos daños valían $ 11.393.00.

Esta prueba de peritos, como acaeció con relación a la súplica anterior, fue también desestimada por el Tribunal por considerarla carente de fundamentación aceptable y por no aparecer de autos la demostración de que el lote se hubiera realmente desvalorizado. "Estos esquemáticos conceptos —se lee en la sentencia— rendidos por tres abogados en asunto no propiamente de su habitual conocimiento, no merecen en realidad el calificativo de dictámenes periciales. Una cosa es en derecho probatorio el simple concepto u opinión de un individuo, y otra el concepto explicado, documentado y debidamente fundamentado de ese mismo individuo en relación con el mismo punto o controversia a que hace referencia su opinión; opinión documentada, explicada y debidamente fundamentada es lo que en derecho se eleva o toma la categoría de dictamen pericial; concepto que no reúna estas condiciones, no pasa de la categoría de simple opinión, sin apreciación ninguna en la lista o tarifa probatoria". Estimó también la Sala falladora del Tribunal que en vez de haberse demostrado la desvalorización del lote lo que aparece del proceso en forma incuestionable es su valorización, porque habiéndose probado que ese terreno valía $ 60.000 el día de la inundación destructora de la casa (avaluada en $ 30.000), fue vendido a los dieciocho meses a Gustavo Restrepo por la suma de $ 77.288.90.

En estas condiciones, apenas hay que advertir la falta de razón legal con que se formula el

cargo de violación de ley sustantiva por error de derecho en la apreciación del dictamen pericial, acertadamente descalificado por el Tribunal en sus fundamentos, en uso de la legítima facultad estimativa que le corresponde, y a la que se hizo alusión jurisprudencial en el aparte anterior de este fallo.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

El Municipio de Bogotá, representado por el Delegado en lo Civil de la Procuraduría General de la Nación, funda su recurso en la causal primera del artículo 520 del C. J. y sin atacarla a fondo acusa la sentencia por infracción directa del artículo 2483 del C. C., que da a la transacción el efecto de cosa juzgada en última instancia, y 462 y 473 del C. J. Considera el Agente del Ministerio Público que entre las partes de este litigio se celebró un contrato para terminarlo extrajudicialmente en parte, convenio que no fue tenido en cuenta por el Tribunal.

Se considera.

Al folio 10 del cuaderno número 10 obra un memorial suscrito por el apoderado judicial de los actores y el Personero Municipal de Bogotá, presentado personalmente por aquél al Tribunal Superior el 20 de octubre de 1942, en el que se lee:

"Por medio de escritura número 2780 de 10 de octubre de 1942 otorgada en la Notaría 3ª de este Circuito, el señor Eduardo López Pumarejo como apoderado de todos los demandantes renunció a cualquier reclamación contra el Municipio de Bogotá por los perjuicios que se hayan ocasionado en setenta y ocho varas cuadradas mil doscientos cincuenta diezmilésimos de vara cuadrada (78,1250 vs. cuadradas) por concepto de inundaciones ocurridas con anterioridad a la fecha de dicha escritura o por cualquier otro motivo, varas esas que forman parte del globo de terreno total alinderado en la demanda. Hacemos a usted la anterior manifestación para todos los efectos legales a que haya lugar, advirtiendo expresamente que esto no implica un desistimiento total de la acción".

No se trajo al proceso el instrumento público a que se hace referencia en el precitado memorial como contentivo del arreglo ajustado entre Eduardo López y el representante municipal, pero por referencias que a él se hacen en piezas diversas del expediente se sabe que en él se hizo cesión a favor del Municipio de una zona con área de 78 varas cuadradas con 1250 diezmilésimos de vara, por necesidades de urbanización, y que respecto de esta zona los demandantes renunciaron a cobrar la indemnización cuya demanda estaba en curso, cosa que hicieron en el libelo visible al folio 10.

No es posible estructurar con los elementos que ofrece esa página del proceso, como lo pretende el recurrente demandado, un contrato de transacción que determinara la pérdida de la jurisdicción indispensable para proferir sentencia judicial. Allí no se pueden hallar las condiciones constitucionales o de esencia que integran la figura jurídica de la transacción. Por lo demás, teniendo en cuenta los términos muy claros en que está redactado el referido memorial y el objetivo que se persiguió con su traída al juicio, no tiene interferencia posible en la decisión del recurso no habiendo prosperado, como ya se vio, ninguno de los cargos formulados contra la sentencia por la parte demandante. La indemnización por desvalorización del lote, a base de su cabida en varas cuadradas, a que se refiere el pedimento de la demanda marcada con la letra e), sería lo único afectable por la renuncia que se considera, y ya se vio que el Municipio fue absuelto de esta pretensión de la demanda. Las demás peticiones, referentes al daño emergente, representado por el valor de la casa destruída, y al lucro cesante, equivalente al valor de los frutos civiles dejados de percibir por causa de la ruina de la edificación, nada tienen qué ver con la renuncia contenida en el memorial de que se trata. Carece, pues, de razón el recurrente cuando ataca la sentencia porque "el Tribunal sólo podía conceder indemnización por los perjuicios ocasionados en el resto del terreno". Sin embargo, la sentencia, en parágrafo de la letra b) de su parte resolutiva dijo, anodinamente, que por quien correspondiera debía tenerse en cuenta la manifestación hecha en el memorial del folio 10.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, de fecha 9 de diciembre de 1943, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en lo que respecta a las condenas contenidas en los apartes marcados con las letras a) y b) del

numeral **Segundo** de la parte resolutiva, las que quedarán así:

a) La cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000) moneda corriente, equivalente al valor total de la edificación destruída.

b) La suma de cuatro mil quinientos ochenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 4.583.33) moneda corriente, valor correspondiente a los arrendamientos dejados de percibir por el propietario de la misma casa a razón de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) por cada uno de los meses comprendidos entre el 19 de noviembre de 1932 y el 29 de mayo de 1934, fecha en que fue vendido el lote en que se hallaba la edificación destruída por causa de los hechos de que da cuenta el numeral primero de la parte resolutiva de este fallo.

En todo lo demás queda sin ninguna modificación la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

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

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

REIVINDICACION DE UNA FINCA RAIZ VENDIDA POR EL MARIDO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 28 DE 1932

De manera constante y uniforme ha venido sosteniendo la Corte su doctrina según la cual el estatuto contenido en la Ley 28 de 1932 se aplica a las sociedades conyugales, no liquidadas, bien sean las establecidas antes de la vigencia de aquella ley, o las formadas después de ella, pues el marido dejó de ser el único administrador de los bienes sociales, ya no es dueño de dichos haberes respecto de terceros y no puede disponer de ellos con independencia de la mujer cuando se trata de bienes adquiridos antes de la vigencia de la Ley 28. En consecuencia, vendida por el marido una finca que pertenecía a la sociedad conyugal, sin anuencia de la mujer, es procedente la acción reivindicatoria. Ni vale oponer la teoría de la buena fe, pues ésta no es título constitutivo de dominio que pueda oponerse en una acción reivindicatoria. Si la buena fe pudiera hacerse valer en una acción reivindicatoria, contra la parte que exhibe un título constitutivo o traslaticio de dominio, aquélla prácticamente dejaría de existir y perdería toda su eficacia, porque en el giro ordinario de los negocios no es presumible que un individuo compre una cosa ajena, a sabiendas, corriendo las contingencias de perderla en una acción revindicatoria. Puede decirse que casi en la generalidad de los casos los demandados en reivindicación son poseedores de buena fe y sin embargo contra ellos prospera la acción revindicatoria si no tienen títulos de dominio o los exhibidos no pueden prevalecer contra los que aporta el reivindicador, de acuerdo con las disposiciones civiles sustantivas que rigen el dominio y la correspondiente acción reivindicatoria. La buena fe en la acción de dominio circunscribe legalmente sus efectos a determinar la extensión de la obligación restitutoria de frutos.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Miguel Arango)

Los hechos que a continuación se narran dieron nacimiento al presente litigio judicial:

1º El día 26 de enero de 1922 contrajo matrimonio Pureza Giraldo con Félix Palacio U., por los ritos de la iglesia católica;

2º Por escritura pública número 674 del 30 de junio de 1925, de la Notaría de Sevilla, Pureza Giraldo compró una casa y solar, ubicados en el área de esa población en la manzana número 7, con un frente de diez (10) metros por cuarenta (40) de centro y alinderado como allí se especifica;

3º Por escritura número 961 de 9 de octubre de 1934, la Giraldo vendió dicho inmueble a la señora Joaquina Giraldo viuda de Giraldo, y volvió a adquirirlo de la misma señora por escritura número 456 del 6 de julio de 1935, ambas otorgadas en la Notaría de Sevilla;

4º El señor Palacio, cónyuge de la Giraldo, vendió dicho inmueble a Joaquín Londoño, por medio de la escritura número 448 de 16 de octubre de 1934, sin consentimiento de la cónyuge;

5º El señor Londoño, por medio de la escritura número 737 del diez (10) de agosto de 1935 vendió al demandado Milcíades Mora el mismo inmueble a que se ha hecho referencia.

Basada en estos hechos la señora Giraldo de Palacio demandó al señor Milcíades Mora, actual poseedor de la casa y solar, antes descritos para que judicialmente se declarara:

"a) Que los inmuebles descritos en el hecho segundo de esta demanda, son de propiedad de la sociedad conyugal que tengo formada con mi esposo el señor Félix Palacio U.

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior el demandado debe entregar tales bienes dentro del término que usted le señale.

"c) Que debe pagar los frutos civiles de dichos inmuebles desde la notificación de la demanda; y

"d) Que debe las costas del juicio si lo afronta".

El Juez de primer grado falló el pleito así:

"1º Declárase como no probadas las excepcio-

nes propuestas por el doctor Peláez, como apoderado del demandado;

"2º Declárase, en tal virtud, que la casa y solar identificados como hecho segundo de la demanda, casa y solar que están situados dentro del área de esta población, en la manzana número 7, son de propiedad de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de la demandante, señora Pureza Giraldo, con el señor Félix Palacio Uribe, el 26 de enero de 1922;

"3º Condénase, en consecuencia, al demandado, señor Milcíades Mora, a restituír a la mencionada sociedad conyugal Palacio-Giraldo, la misma casa y solar de que se habla en el punto anterior, y que están comprendidos dentro de esta alinderación: ..... Esta restitución deberá hacerla el demandado dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia;

"4º Condénase, igualmente, y como efecto de la anterior condenación, al mismo demandado Mora, a pagar a la señora Pureza Giraldo, como representante de la sociedad conyugal nombrada, y dentro del mismo término de los quince días, ya expresados, los arrendamientos que haya podido producir el inmueble de que se trata, a contar del 8 de noviembre del año próximo pasado, fecha de la notificación de la demanda, hasta la entrega del mismo inmueble;

"5º Reconócese a favor del mismo demandado, señor Milcíades Mora, el valor de los arrendamientos del inmueble en referencia, correspondientes a todo el tiempo corrido desde que entró a poseerlo, hasta la fecha de la contestación de la demanda; asimismo reconócese a su favor el valor de las mejoras útiles hechas a la misma casa. Para los efectos del reconocimiento que se hace en este punto a favor del demandado Mora, tanto de los expresados arrendamientos, como de las mejoras útiles, se le declara como poseedor de buena fe, hasta la fecha de la notificación de la demanda;

"6º Reconócese, por tanto, a favor del demandado, el derecho de retención del inmueble de que se trata, o sea de la casa y solar de que se habla en el punto 3º, hasta que se verifique el pago de las referidas y mencionadas mejoras útiles de que se habla en el punto anterior, o se le asegure a su satisfacción.

"Como no ha sido posible fijar el importe de los arrendamientos del inmueble, tanto antes como después de la demanda, ni de las mejoras útiles hechas por el demandado, tales reconocimientos se hacen a reserva de fijar su importe en la ejecución de esta providencia. (Artículos 480 a 553 del C. Judicial).

"Sin costas".

Apelado este fallo por el apoderado del demandado, se remitieron los autos al Tribunal Superior de Buga, entidad que por fallo de 14 de febrero del año pasado, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Recurrió en casación el demandado Mora. Le fue concedido el recurso y tramitado con la plenitud de todas las formas, hoy se decide.

El recurrente suscita de nuevo la cuestión relativa a la retroactividad de la Ley 28 de 1932; la capacidad jurídica del marido, como jefe único de la sociedad conyugal, respecto de las sociedades contraídas antes de la vigencia de esta ley y que no hayan sido liquidadas, y que él, respecto de terceros, es dueño de todos los bienes sociales y que por consiguiente no es necesario que la mujer concurra al otorgamiento de la escritura por la cual se perfecciona el contrato de venta de los bienes raíces de la sociedad conyugal; que la mujer carece de derecho para demandar la reivindicación de los bienes raíces enajenados por el marido pertenecientes a la sociedad conyugal, como si la mujer fuera la dueña exclusiva de ellos.

Como el Tribunal en su fallo, no concuerda con la tesis sostenida por el recurrente, éste considera que se han violado los artículos 1º, 5º, 7º y 10 de la Ley 28 de 1932; 180, 946, 950, 952, 1494, 1495, 1502, 1503, 1602, 1781, 1805, 1806, 1808, 1828, 2637, 2652, 2654 del Código Civil; y 20 y 23 de la Ley 153 de 1887, 52 y 53 del Código Político Municipal.

Las cuestiones de derecho que plantea el recurrente, han sido definitivamente zanjadas por varias sentencias, uniformes, de la Sala de Casación, que han traído orden y armonía a la Ley 28 del año de 1932, en las cuales se ha establecido, definitivamente, que el estatuto contenido en la Ley 28 de 1932, se aplica a las sociedades conyugales, no liquidadas, bien sean las establecidas con anterioridad a su vigencia, o a las formadas con posterioridad a ella, y que en esta situación el marido ha dejado de ser el único administrador de los bienes sociales, ya no es dueño respecto de terceros, de dichos haberes y no puede disponer de ellos con independencia abso-

luta de la mujer tratándose de bienes adquiridos antes de la vigencia de la Ley 28.

En el proveído de fecha 20 de octubre de 1937, prohijado por sentencia de 28 de noviembre de 1941, se dice:

"Por haber perdido el marido, desde la fecha indicada, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ocurrido ellos a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º.

"A la Corte esta doctrina se le presenta incuestionable y se impone ante el efecto inmediato que debe tener una ley encaminada a dar a la mujer capacidad plena, efecto que pugna abiertamente contra toda supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los que la mujer tiene también su derecho indubitable de socia.

"Todo el raciocinio precedente decide a la Corte a sostener como necesaria para la validez del acto jurídico, la intervención conjunta de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º. Naturalmente esta doctrina sobre invalidez de actos jurídicos ejecutador por uno solo de los antiguos cónyuges sin la intervención personal del otro o sin su mandato, no se aplicaría en algunos casos, como serían, por ejemplo, los relativos a disposición de títulos al portador; los regulados por normas peculiares como, en sus casos, algunos instrumentos negociables (artículo 3º de la Ley 46 de 1923), y los en que se aplican determinadas doctrinas jurídicas que conduzcan excepcionalmente a la aludida validez.

"De todo lo dicho en la exposición anterior se desprende que la mujer, como socia y por lo tanto partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver".

Lo transcrito es suficiente para rechazar todos los cargos formulados al Tribunal de Buga respecto de la aplicación de la Ley 28 de 1932 que estableció un nuevo régimen patrimonial entre marido y mujer.

También se consideran quebrantados los artículos 740, 745, 759, 765, 768, 1805, 1781, 1849, 1851, 1857 y 1866 del Código Civil, en cuanto que todos ellos amparan al adquirente de buena fe aun contra quienes no tengan en realidad sino el carácter de titulares aparentes del derecho transferido.

Hace el recurrente una larga exposición sobre la teoría de la buena fe que da nacimiento a la máxima "error comunis facit just", máxima que, a su juicio, ha debido aplicar el Tribunal por cuanto Milciades Mora, actual demandado ha sido considerado como poseedor de buena fe.

En relación con este cargo ha dicho la Sala y con sobra de razón lo siguiente:

"Sabido es que una sentencia debe infirmarse cuando se demuestra que es violatoria de la ley sustantiva, y como el error común no tiene fundamento directo en ninguna norma legal, sino en la teoría de la buena fe, y está puede decirse, más allá o por encima de la ley, es claro que no puede alegarse como motivo para casarla. Otra cosa es que infirmado el fallo porque prospere alguna de las causales que para ello señala la ley, pueda pedirse, si fuere el caso, que el error común se tenga en cuenta para decidir en instancia, pero no, se repite, como razón para quebrar la sentencia.

"De otro lado, el error común se hace consistir aquí en la interpretación que debía darse a la Ley 28 de 1932, y es de toda evidencia que tal situación no reúne los caracteres jurídicos que pudieran dar lugar a considerar el error común como fuente de derecho, al través de la buena fe".

Por otra parte, la buena fe no es título cons-

titutivo de dominio, que pueda oponerse en una acción reivindicatoria, a título de la misma especie o traslaticio de dominio, acción en la cual, se estudian y comparan los títulos presentados por los litigantes sobre dominio de la cosa en litigio, para darle la prevalencia a los unos sobre los otros.

Si la buena fé pudiera hacerse valer, en una acción reivindicatoria, contra la parte que exhibe un título constitutivo o traslaticio de dominio, esta prácticamente dejaría de existir y perdería toda su eficacia, porque en el giro ordinario de los negocios no es presumible que un individuo compre una cosa ajena, a sabiendas, corriendo las contingencias de perderla en una acción reivindicatoria. Puede decirse que casi en la generalidad de los casos, los demandados en reivindicación son poseedores de buena fé y sin embargo, contra ellos prospera la acción reivindicatoria si no tiene títulos de dominio o los exhibidos no pueden prevalecer contra los que aporta el reivindicante, de acuerdo con las disposiciones civiles sustantivas que rigen el dominio y la correspondiente acción en reivindicación. La buena fé en la acción de dominio circunscribe legalmente sus efectos a determinar la extensión de la obligación restitutoria de frutos.

Otro reparo que se le hace al fallo consiste en que el Tribunal condenó al demandado a pagar a Pureza Giraldo como representante de la sociedad conyugal, los arrendamientos de que se trata, "siendo así que los cónyuges son administradores conjuntos, particularmente en lo que atañe a los bienes sociales, de donde debe concluírse que el sentenciador al reputar a Pureza Giraldo representante de la sociedad conyugal, quebrantó, por no haberla aplicado, la indicada Ley 28 de 1932, especialmente su Artículo 1º, desde luego que en el evento contemplado ninguno de los esposos por sí solo tiene la administración de esa sociedad".

No prospera el cargo. Se demandó por la sociedad conyugal y para esa sociedad se decretó el pago de los arrendamientos, los cuales, naturalmente, han de pagarse a su representante legal en este juicio, que es Pureza Giraldo, sin que pueda decirse que la condenación se hizo a favor de esta señora exclusivamente.

En lo que sí acierta el recurrente es en la acusación por el quebrantamiento del inciso 3º del Artículo 964 del Código Civil, por haber ordenado en su fallo, numeral 4º que el demandado Mora debe pagar los arrendamientos ya dichos desde la fecha de la notificación de la demanda siendo así que ese inciso manda que el poseedor de buena fé no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda, y en cuanto a los percibidos después, se sujetan a las reglas de los incisos anteriores a éste. Por este aspecto habrá de casarse el fallo parcialmente del Tribunal de Bnga y reformar el punto 4º de la sentencia del Juez en el sentido de que los arrendamientos que haya podido producir el inmueble de que se trata debe pagarlos el demandado desde la fecha de la contestación de la demanda.

Por las consideraciones expuestas, la **Corte Suprema, en Sala de Casación Civil,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley **Falla:**

1º—Infírmase parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro;

2º—Revócase el numeral 4º de la sentencia proferida por el Juez de primera instancia, de fecha veintitres de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos;

3º—El punto 4º quedará así:

Condénase, igualmente, y como efecto de la anterior condenación, al mismo demandado Mora, a pagar a la señora Pureza Giraldo, como representante de la sociedad conyugal nombrada, y dentro del mismo término de los quince días, ya expresados, los arrendamientos que haya podido producir el inmueble de que se trata, a contar desde la contestación de la demanda, o sea desde el diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, hasta la entrega del mismo inmueble.

En lo demás queda en firme la sentencia recurrida.

4º—Sin costas.

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

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

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION Y DE RESTITUCION

La pobreza del adquiriente de una finca raíz no es de por sí un indicio necesario o siquiera vehemente que conduzca a la inexistencia del contrato.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo ivil—Bogotá, marzo trece de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón).

José Joaquín Varela demandó a Paula Alvarez para que con su citación y audiencia se declarara que es absolutamente nulo como simulado, o sea por falta de causa, de consentimiento y objeto, el contrato recogido en la escritura Nº 102 de 19 de abril de 1921 de la Notaría de Ibagué, en la cual consta que el expresado Varela vendió a Paula Alvarez una casa de habitación, con su correspondiente solar ubicada en Ibagué en el cruzamiento de la carrera 4ª con la calle 14 de esa ciudad y alinderada como aparece en la demanda. Como consecuencia de la primera súplica impetró el actor la correspondiente declaración de dominio a su favor respecto de ese inmueble y la de restitución.

La demandada se opuso a las declaraciones solicitadas, aseveró que la venta de que da cuenta la escritura 102 fue real y efectiva, que pagó el precio que aparece estipulado en ella e invocó en su defensa lo expresado y estipulado en tal escritura.

Propuso la excepción de cosa juzgada, la cual hizo consistir en que Varela ya la había demandado por la misma causa ante el Juzgado 2º Municipal de Ibagué, donde se pronunció fallo absolutorio que fue confirmado por el Juez 2º del Circuito de esa ciudad.

El Juez del conocimiento, 2º del Circuito de Ibagué, en sentencia de 5 de julio de 1940, absolvió a la demandada de los cargos de la demanda por haber deducido la excepción que calificó de acción errada.

Apelado este fallo por el apoderado de la parte demandante, fue reformado por el de fecha 13 de diciembre de 1943, proferido por el Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué, el cual reformó la sentencia en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de cosa juzgada y lo confirmó en cuanto a la absolución.

La parte vencida interpuso recurso de casación, el que concedido y tramitado pasa a fallarse.

El fallador de Ibagué dedujo la excepción de cosa juzgada por las siguientes razones. Aparece demostrado que Varela entabló juicio ordinario contra Paula Alvarez en el cual demandó la nulidad de la escritura 102 de abril de 1921, petición que fue negada tanto por el Juez de primera instancia, el 2º Municipal de Ibagué, como por el **Juez ad quem,** 2º del Circuito de dicha ciudad. Que aunque se demandó la nulidad de la escritura, como en la demanda se atacó el contrato por simulación y encontraron los juzgadores que Varela no había demostrado ese extremo, resultó que el negocio quedó estudiado por el aspecto de la simulación o nulidad del contrato. Y así, sobre esas bases reconoció la excepción fundándose en los Artículos 343, 573 y 474 del C. Judicial. Se observa que la cita del Artículo 573 es del todo impertinente y es sin duda un error de pluma.

El recurrente hace dos cargos a la sentencia. Habiendo de prosperar el segundo, por lo que luégo se verá, basta estudiar únicamente éste de acuerdo con lo que enseña el Artículo 538 del Código Judicial.

Se funda el cargo que prospera en lo siguiente: Violación de los Artículos 16, 22, 1740, 1741, 1746, 1760, 1857, 2576, 2557 del Código Civil, 209, 343, 329, 472, 593, 473 y 474 del Código Judicial por interpretación errónea y aplicación indebida al caso del pleito, lo cual fue debido al error en que incurrió el Tribunal al interpretar la demanda y las sentencias dictadas en el primer juicio y la demanda que da base al presente litigio.

Es evidente que Varela inició juicio ordinario contra Paula Alvarez en el cual demandó la nulidad de la escritura 102 de 19 de abril de 1921 y es cierto también que como hechos de la demanda aseveró que el contrato era simulado. Los falladores de ese litigio hicieron la distinción en-

tre la nulidad de un instrumento público, de una escritura y la nulidad del contrato que lo contiene y aunque tangencialmente y hasta de una manera vaga y confusa se refirieron al extremo de la simulación, es lo cierto que los fallos fueron proferidos sobre la base de que lo que se demandaba era la nulidad de la escritura, petición no acogida por no encontrar acreditadas las causales taxativas que dan base para decretar esa clase de nulidades. La lectura de los dos fallos convence de lo anterior y no puede deducirse de ellos que los falladores hubieran entrado en el problema de la simulación y en el estudio a fondo de las pruebas presentadas al respecto.

Por eso no puede acogerse el concepto del Tribunal, básico de la sentencia, para deducir la excepción de cosa juzgada, pues no está acreditado que se hubiera fallado en el primer pleito lo mismo que es objeto de este litigio. Hubo un error en la interpretación del Tribunal al respecto, que lo llevó a aplicar indebidamente los Artículos 443 y 474 del Código Judicial. El fallo debe pues, casarse por esta razón y al entrar en instancia, la Corte considera:

Se ha alegado por el demandante la falta de causa, de consentimiento y de precio en el contrato que aparece contenido en la escritura Nº 102 citada. La demandada ha negado esas alegaciones sosteniendo que se trata de un contrato real y efectivo.

El actor para demostrar sus asertos adujo varias pruebas que pasan a analizarse. En primer término de la escritura 102 aparece la venta de la casa materia del contrato que hizo Joaquín Varela a Paula Alvarez. En ella consta que desde la fecha del contrato la compradora quedó en posesión de la casa y solar vendidos sin reservarse el vendedor ningún derecho. Consta además que la venta la hace por la suma de $ 100 oro los cuales tiene recibidos a su satisfacción. Por el aspecto del precio no puede decirse que pueda surgir un indicio de simulación porque tres años antes de esa venta Varela había comprado el lote a Constantino Botía, por la suma de $ 50. El Vendedor no se reservó ningún derecho sobre lo vendido y le hizo entrega real a la compradora, de donde por ese aspecto tampoco puede surgir ningún indicio aunque débil, de simulación. El esfuerzo del demandante ha sido el de demostrar, en primer término que él fue quien a sus expensas levantó unas edificaciones en el lote materia del contrato, entre los años de 1918 a 1921, Mas esto nada induce respecto de sus pretensiones por lo siguiente: Porque la venta fue hecha a Paula Alvarez en 1921 y cuando se hizo la escritura las edificaciones ya estaban levantadas, según se ve claramente de la cláusula segunda de dicha escritura Nº 102 que dice así: **"Segundo**—Que el solar en que radica la casa en referencia, la cual edificó a sus propias expensas (el vendedor Varela, observa la Corte) lo hubo por compra que de él hizo al señor Constantino Botía....". Luego se desprende de lo anterior que con las declaraciones presentadas por el actor en las cuales afirman los testigos que por cuenta de éste hicieron unas edificaciones entre los años de 1918 a 1921, no puede demostrarse que no obstante la venta que le hizo a Paula Alvarez hubiera seguido con el **animus domini,** por que esas edificaciones fueron levantadas antes de hacerle la venta a la Alvarez, lo cual se corrobora y se evidencia con la misma solicitud hecha por el demandante para acreditar que había levantado la edificación sobre el lote y en la que pidió ante el Juez Segundo del Circuito en lo Civil de Ibagué, que los testigos declararan, como en efecto declararon, que entre los años de 1918 a 1921 levantó las edificaciones.

Los testigos aducidos por el demandante declaran que en la casa materia del contrato vivían haciendo vida común Varela y la Alvarez, quien se ocupaba de asuntos domésticos. Con esas declaraciones no puede demostrarse el hecho aseverado por el actor de que no obstante la venta quedó como dueño exclusivo de la casa. A estos mismos testigos nada les consta de una manera precisa y clara, sobre si la Alvarez tenía o no dinero suficiente, los cien pesos, para hacer la compra. Aunque les constara, la pobreza del adquiriente, no es de por sí, como lo ha dicho la Corte, un indicio necesario o siquiera vehemente que conduzca a la inexistencia del contrato. Por eso la presunción que pudiera deducirse de la declaratoria de confeso de la demandante, queda desvirtuada con todas las pruebas antes analizadas.

Resulta entonces que la demandada está amparada por un título traslaticio de dominio, la escritura ciento dos mencionada, que en ella consta que en ella (sic) hubo cosa objeto de la venta, entrega de lo vendido y precio, declaraciones todas éstas que hacen fe contra los declarantes (art. 1759 del Código Civil) y que esas declaraciones

no han sido desvirtuadas, con las pruebas presentadas por el demandante, que ya quedan analizadas y que ni siquiera constituyen un débil indicio sobre nulidad absoluta.

No aparece que haya habido ausencia de los elementos necesarios para que pueda constituírse un vínculo jurídico como el emanado de un contrato de compraventa. El demandante no ha probado los hechos fundamentales en que apoya su acción, por lo que su demanda no puede prosperar.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida, REVOCA la de primera instancia y FALLA así este pleito: ABSUELVESE a la demandada de todos los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

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

USUCAPION ENTRE COMUNEROS — POSESION DEL COMUNERO

La Corte, en numerosas sentencias proferidas antes de la Ley 51 de 1943, llegó a aceptar que en ciertos casos excepcionales puede realizarse la figura jurídica de la usucapión entre comuneros y de allí dedujo la consecuencia de que si un comunero logra poseer la cosa común con ánimo de señor y dueño y con exclusión de los demás condueños de origen, hace suya la cosa de un modo absoluto.

..2—La posesión de un comunero puede considerarse de dos modos: como fenómeno jurídico o como hecho. Si lo primero, no será una verdadera posesión sino el reconocimiento de que tiene una especie de "jus ad rem" que podrá hacer valer o no, según que la comunidad esté organizada o desorganizada; sería, en una palabra, una cuota de condominio. No puede haber comunidad de derechos porque el derecho es siempre excluyente. Un comunero no posee sino que tiene derecho en la cosa común. El medio legal de cómo vino a adquirir su condición de comunero es el título para poseer, que podrá ser justo o injusto; la convicción de que procede honradamente, utilizando su título para explotar la tierra en beneficio propio, en la creencia de que tiene lo que le corresponde, es su buena fé. En forma tal que la buena fé es un estado psicológico o de conciencia del poseedor, que cree tener exclusivo derecho de dominio sobre la cosa que posee.

3—Entiende la Corte que para que un acto de esta índole, el nombramiento de administrador de la comunidad, produzca el efecto de ocasionar la renuncia tácita de la usucapión, es necesario que a dicho acto concurra el comunero con absoluta libertad y por espontáneo impulso de su voluntad, reconociendo así la existencia del dominio procomunal.

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

(Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica V.)

Antecedentes:

Primero—Por escritura pública Nº 607 de 6 de mayo de 1881, de la Notaría 2ª de Bogotá, María Luisa, Avelina, Adela y Carolina Communay —hermanas entre sí— adquirieron de los esposos Joaquín Franco F. y Evarista Rodríguez, una casa baja de tapia y teja, situada en el barrio de Las Nieves de esta ciudad, en la carrera tercera al oriente cuyos linderos se determinan en el referido instrumento.

Segundo—Posteriormente murió la expresada Carolina Communay, y en el juicio correspondiente a su sucesión se adjudicó ese derecho al señor Tomás Rodríguez Pérez. En la sucesión de éste, se adjudicó su derecho a Isabel, María, Roberto y Jorge A. Rodríguez Pérez Communay, quienes por escritura 1306 de 4 de octubre de 1921 de la Notaría Cuarta de Bogotá liquidaron la comunidad existente entre ellos y adjudicaron al partícipe Jorge A. Rodríguez Pérez Communay la totalidad del derecho que a todos correspondía sobre la casa materia de este juicio. Este señor, Rodríguez Pérez, lo vendió luégo a Alberto Moya Tobar, quien a su turno lo enajenó a título de dación en pago, a la Señorita Ernestina Rojas Ortiz, una de las demandadas en este juicio, y a quien hoy representa Teófilo Rojas como su heredero universal y único.

Tercero—Por medio de la escritura 1032 de 10 de julio de 1923 de la Notaría Cuarta de Bogotá, Avelina y María Luisa Communay, sin tener en cuenta el derecho que sobre la misma casa tenía el último cesionario de Carolina Communay, y el que por la compra original correspondía a su hermana Adela, vendieron la totalidad de la finca a Emilia e Isabel Mazuera, bien que haciendo en la escritura correspondiente esta declaración: ..... Que son dueñas de la totalidad de la mencionada casa y del lote en que se halla edificada, parte por haberlo comprado según el título memorado (607 de 6 de mayo de 1881 de la Notaría Segunda de Bogotá), y el resto por haberla ganado por prescripción de cuarenta y dos años, desde luego que en todo este largo período de tiempo desde que la compraron hasta hoy, sólo las otorgantes han hecho actos personales de plena y pacífica posesión de la totalidad de la finca, sin que las demás partícipes que en ella tuvieron inicialmente

derecho hayan hecho manifestación ni directa ni indirectamente de dominio y posesión".

Cuarto.—Con fundamento en este título adquisitivo, las compradoras tomaron posesión del inmueble materia de este juicio, le han hecho mejoras más o menos costosas, lo han dado en arrendamiento y usufructuado con absoluta prescindencia de Adela Communay y de los cesionarios de su difunta hermana Carolina.

Juicio ordinario:

Con vista de tales antecedentes presentaron las señoritas Emilia e Isabel Mazuera demanda ordinaria ante el Juzgado 8º del Circuito de Bogotá, para que con citación y audiencia de Adela Communay y Ernestina Rojas Ortiz, en juicio de pertenencia, se hagan las declaraciones que pasan a extractarse:

1ª—Que los demandantes han ganado por prescripción extraordinaria y en subsidio, por la ordinaria, el derecho de dominio sobre la cuota parte equivalente a la suma de trescientos ochenta y cinco pesos, ($ 385.00), sobre un total de mil ochocientos cuarenta pesos, $ 1.840.00), adquirido por Adela Communay en el inmueble materia del litigio;

2ª—Que los demandantes han ganado por prescripción extraordinaria o en subsidio, por la ordinaria, el derecho de dominio sobre la cuota parte equivalente a la tercera parte del inmueble en litigio, derecho que dijo adquirir Ernestina Rojas Ortiz;

3ª—Que las demandantes son en la actualidad dueñas únicas de la totalidad del inmueble mencionado, parte por haberlo comprado según escritura Nº 1032 de 1923 y el resto por haberlo ganado por prescripción extraordinaria o subsidiariamente por la ordinaria;

4ª—Que se ordene a la correspondiente Oficina de Registro la cancelación de las adquisiciones hechas por Adela Communay y Ernestina Rojas Ortiz sobre el inmueble en referencia.

La contrademanda:

La demandada Rojas Ortiz propuso demanda de mutua petición, para que en la sentencia se hicieran estas declaraciones:

a)—Que la casa en disputa pertenece en común y pro-indiviso a Emilia e Isabel Mazuera, Adela Communay y a la peticionaria, en las proporciones señaladas en su libelo;

b)—Que por no convenir a sus intereses la comunidad dicha se decrete la división ad-valorem, por medio de venta en subasta pública, previo avalúo;

c)—Que los gastos que demande la división deben pagarse por los comuneros a prorrata de sus respectivos derechos.

Finalizado el trámite de primer grado, el Juez del conocimiento le puso término con su sentencia de fecha 21 de febrero de 1942, en la que resolvió que las actoras habían ganado por prescripción extraordinaria el derecho de dominio sobre la cuota parte adquirida anteriormente por Adela Communay en el inmueble en litigio; que las mismas demandantes han ganado por prescripción extraordinaria el derecho de dominio sobre la cuota parte equivalente a la tercera del referido inmueble, derecho que dijo adquirir la demandada Ernestina Rojas Ortíz; que las mismas demandantes son dueñas únicas de la totalidad del mismo inmueble, parte por haberlo comprado según escritura Nº 1032 de 1923 y el resto por haberlo adquirido mediante prescripción extraordinaria; que se cancele en la Oficina de Registro las adquisiciones hechas por Adela Communay y Ernestina Rojas sobre el inmueble dicho; niega la petición primera de la demanda de reconvención, y declara que no hay lugar a la división pedida en la misma.

La sentencia acusada:

De esta providencia de primera instancia apelaron ambas partes litigantes y falló el segundo grado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de sentencia de fecha 15 de marzo de 1944, confirmatoria en todas sus partes de la que fue materia de recurso.

Considera el Tribunal que debe prosperar la acción sobre declaración de pertenencia por las siguientes razones:

a)—Porque en determinados casos excepcionales, como el de autos, sí es posible que se realice el fenómeno jurídico de la usucapión entre comuneros, cuando de las pruebas aducidas al proceso aparece que el condómino adquirente siempre tuvo el ánimo manifiesto de considerarse como dueño exclusivo y absoluto del inmueble;

b)—Porque estima que las actoras, señoritas Mazuera, desde que adquirieron la casa en litigio por escritura 1032 de 1923, se consideraron como dueñas únicas y absolutas de la totalidad de dicho bien raíz, con tanta más razón cuanto que en dicho instrumento notarial se insertó una cláusula en la que las vendedoras declaraban

haber ganado por prescripción las cuotas partes pertenecientes a Carolina y Adela Communay;

c)—Que de las pruebas aportadas al juicio se desprende la evidencia plena de que las actoras Mazuera, desde el año de 1923 habían venido ejerciendo actos de dominio exclusivo sobre la totalidad del inmueble, sin reconocer derecho a ningún otro comunero, haciéndole costosas reparaciones, pagando los impuestos que lo gravaban y recibiendo la totalidad de los cánones de arrendamiento; por lo cual, concluye el Tribunal que eran poseedoras regulares de la casa en mención, por estar investidas de justo título y buena fé;

d)—Que tal situación jurídica de poseedoras regulares de la finca raíz en litigio y el hecho indubitable de estimarse dueñas únicas de su totalidad, justifican debidamente que se declare a su favor el fenómeno de la usucapión y que prospere la acción sobre declaración de pertenencia incoada.

Dedica la sentencia del Tribunal un capítulo final para estudiar y decidir si la prescripción adquisitiva pudo haberse renunciado tácitamente por parte de las actoras, debido a que la demandada Rojas Ortiz presentó primero una demanda solicitando la división del presunto bien común, diligencias en las cuales se hicieron presente las señoritas Mazuera; y posteriormente se presentó por la misma Rojas Ortíz otra demanda pidiendo se señalara fecha y hora para dar principio a la diligencia de nombramiento de administrador de la comunidad.

Estima el Tribunal que ninguna de esas dos secuelas produjeron el fenómeno de la renuncia tácita de la usucapión, porque las demandantes Mazuera se opusieron a la intención de la demanda de división, alegando que no son comuneras con la Communay dado que sus derechos se han extinguido por prescripción y porque adquirieron la totalidad de la casa con justo título y buena fé; de manera que no puede deducirse de este elemento probatorio renuncia expresa o tácita de la prescripción, ya consumada a favor de la Mazuera.

Por cuanto hace al nombramiento y posesión de administrador, tampoco puede constituír fundamento para la renuncia tácita, porque las Mazuera no consintieron en ese acto judicial sino en virtud de la coacción jurisdiccional que tuvieron que padecer contra su voluntad, por virtud de la orden del Juez, siendo preciso un libre y espontáneo reconocimiento del dominio ajeno para que exista la renuncia tácita. Además, agrega el Tribunal que desde la fecha del auto en que se solicitó la designación de un administrador hasta aquella en que fue designado y se le dió posesión transcurrieron más de dos años, lo que hace admisible la presunción contraria, o sea la falta de consentimiento para el nombramiento de administrador y reconocimiento del derecho de las señoras Rojas Ortíz; llegando el Tribunal a suponer que en todo ese lapso posiblemente se surtió un debate judicial contradictorio, por lo que las pruebas traídas al proceso sobre este tópico o actividad son incompletas.

Recurso de Casación:

Se alza en casación el apoderado de la parte demandada y alega como fundamento la causal 1ª de las reconocidas por el Artículo 520 del C. J., considerando que la sentencia del Tribunal viola la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea de la misma. Se pasan a estudiar en su orden lógico los cargos con esa base formulados.

a)—PRIMERO—**Prescripción entre comuneros:**

Violación por interpretación errónea del Art. 2525 del C. C., cuyo alcance y aplicación ha sido motivo de profundas divergencias y variados estudios tanto para los Tribunales seccionales como para esta Corte.

Agrega el recurrente que del texto de la disposición legal transcrita parece deducirse que, auncuando es verdad que no existe en nuestra legislación un precepto que prohiba la prescripción adquisitiva entre comuneros, no es aceptable en forma alguna que pueda un comunero obtener por prescripción contra los demás copartícipes, porque no puede mudar por sí mismo la causa de su posesión. Son numerosas las sentencias de esta Corte, a su decir, en las cuales se sustenta ese principio de que no puede haber prescripción entre comuneros.

Se considera:

En numerosas sentencias la Corte, antes de la Ley 51 de 1943, que consagra la posibilidad de este fenómeno por disposición expresa, ha llegado a aceptar que en ciertos casos excepcionales puede realizarse la figura jurídica de la usucapión entre comuneros y de allí deduce la consecuencia de que si un comunero logra poseer la cosa común con ánimo de señor y dueño y con

exclusión de los demás condueños de origen, hace suya la cosa de un modo absoluto.

En el primero de esos fallos, fechado el 29 de agosto de 1925, (G. J. Tomo XXXI, pág. 321), se dijo: "El caso raro de excepción de que un comunero pueda ganar por prescripción el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo necesario con ánimo de señor y dueño absoluto y con desconocimiento de los derechos de los demás comuneros de origen, es una cuestión de hecho sujeta a pruebas especiales, que no ampara a los demandantes en el presente juicio:....."

Esa misma doctrina de casos extraordinarios en que puede ocurrir la usucapión entre copartícipes, cuando es inequívoca la posesión de un comunero en su propio nombre, aparece expuesta en las sentencias de 23 de julio de 1932 (G. J. Tomo XL, pág. 203) y de 12 de agosto de 1936 (G. J. Tomo XLIII, pág. 610).

En un fallo posterior, de fecha 18 de mayo de 1940, desarrolló esta Sala esa misma interpretación jurisprudencial en forma más nítida cuando dijo: "Reconoce la Corte que puede presentarse el caso de que un comunero pueda ganar por usucapión el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo requerido por la ley con ánimo de señor y dueño exclusivo y con desconocimiento de los derechos de los otros comuneros. Al presentarse tal evento, es indudable que sí puede realizarse el fenómeno de la prescripción adquisitiva, dado que el condueño poseedor se considera exclusivo propietario de la cosa poseída; pero es indudable que tal caso de excepción entraña sobre todo una cuestión de hecho, susceptible de ser demostrada plenamente en el proceso por medio de elementos probatorios que evidencien tal situación especial, en lo que atañe al ánimo del comunero que demanda la adquisición del dominio por usucapión". (G. J. Tomo XLIX, pág 310). Esa misma tesis se sostuvo en sentencia de casación de 21 de abril de 1944, aún no publicada en la GACETA JUDICIAL.

De manera que esta Sala sí ha aceptado, antes de la mencionada Ley 51, la posibilidad, como caso de excepción, de que la prescripción obre contra los copartícipes cuando el comunero posee con calidad de dueño absoluto, cuestión de hecho que debe establecerse plenamente.

Las Mazuera no fueron comuneros **ab-initio** que después pretendieran excluír a otros comuneros, sino que desde su compra entraron al dominio y posesión de la casa como cuerpo cierto, en su totalidad.

b) SEGUNDO–**Violación del art. 2528 del C. C.**

Sostiene el recurrente que al considerar el Tribunal que las actoras, señoritas Mazuera, han adquirido por prescripción, han aplicado equivocada e indebidamente el mencionado texto legal al caso de autos. Argumenta que si dichas demandantes tienen justo título y buena fe sobre una parte de la finca, no pueden tener buena fe sobre la otra parte, porque sabían que las vendedoras no eran dueñas exclusivas y que había derechos ajenos pro-indiviso que no podían trasmitir. No tenían ni justo título ni buena fe y no podían trasmitir esos dos elementos a las compradoras Mazuera.

Se considera:

La presentación de este cargo ofrece a la Corte la oportunidad de estudiar la cuestión de hecho, con sujeción a la técnica de esta clase de recurso, para decidir si la parte actora pudo demostrar judicialmente que tuvo la posesión regular de la casa en disputa, con exclusión absoluta de los demás comuneros.

La posesión de un comunero puede considerarse de dos modos: como fenómeno jurídico o como hecho. Si lo primero, no será una verdadera posesión sino el reconocimiento de que tiene una especie de **"jus ad rem"** que podrá hacer valer o no, según que la comunidad esté organizada o desorganizada; sería, en una palabra, una cuota de condominio. No puede haber comunidad de derechos porque el derecho es siempre excluyente. Un comunero no posee sino que tiene un derecho en la cosa común. El medio legal de cómo vino o adquirir su condición de comunero es el título para poseer, que podrá ser justo o injusto; la convicción de que procede honradamente, utilizando su título para explotar la tierra en beneficio propio, en la creencia de que tiene lo que le corresponde, es su buena fe. En forma tal que la buena fe es un estado psicológico o de conciencia del poseedor, que cree tener exclusivo derecho de dominio sobre la cosa que posee.

Con vista del anterior razonamiento estima la Corte que las actoras sí tuvieron la posesión regular de la casa en disputa, desde el año de 1923 en que la adquirieron, por estar desde entonces investidas de justo título y de buena fe. Esta última, la buena fe, se presume mientras no se

aporte al proceso la prueba contraria y conviene advertir que aun del texto mismo de la escritura se desprende, como aparece en la cláusula que pasa luego a transcribirse. Les sirve de justo título el contrato de compraventa contenido en el instrumento notarial número 1032 de 1923, de cuyo contexto se desprende que las vendedoras Communay tuvieron la posesión total de la finca durante un lapso mayor de treinta años, con ánimo de señor y dueño y con exclusión de todo otro comunero. De ese título, debidamente aducido por las actoras Mazuera como fundamento de su acción de pertenencia, se desprende que adquirieron **la totalidad** de la casa en cuestión en virtud de una compraventa y en la escritura notarial se incorporó esta cláusula: "Que lo que venden lo adquirieron, parte por haberlo comprado según el título nombrado (escritura número 607 de 1881), y el resto por haberlo ganado por prescripción de cuarenta y dos años, desde luego que en todo este largo período de tiempo, desde que la compraron hasta hoy, sólo las otorgantes han hecho actos personales de plena y pacífica posesión de la totalidad de la casa, sin que las demás partícipes que en ella tuvieron inicialmente derechos hayan hecho manifestación ni directa ni indirectamente de dominio y posesión".

Como se verá, las actoras Mazuera obtuvieron la propiedad por el modo legítimo de adquirir de la tradición y sus causahabientes vendedoras hicieron presente que eran dueñas de la totalidad de la finca y que era ese total lo que trasmitían. Corroboran esta afirmación numerosas pruebas del expediente, que demuestran que las vendedoras Communay siempre procedieron como dueñas exclusivas del inmueble. En esas condiciones, no cabe poner en duda que existe una posesión regular, tanto jurídica e inscrita como material, nacida de un justo título y de la buena fe.

No es fundado este cargo y debe rechazarse.

---

c) TERCERO — **Renuncia tácita de la prescripción.**

Violación por indebida aplicación del artículo 2514 del C. C. El recurrente formula este cargo en la siguiente forma: "Lo que se ha tratado de comprobar con la documentación que se hizo llegar a la segunda instancia fue el hecho claro, patente, innegable, de que la demandada señorita Rojas Ortiz, tan pronto como fue dueña de los derechos que le trasmitiera el señor Moya Tobar por medio de la escritura en la cual le traspasaba el derecho que tenía sobre la casa materia del litigio, quiso ejercer sus derechos por medio del poder judicial, ya que amigablemente las señoritas Mazuera se negaban a reconocerla como condueña y se negaban a darle la participación a que tenía derecho sobre los frutos de acuerdo con la ley". En síntesis, el apoderado de la demandada Rojas Ortiz alega en casación que hubo renuncia tácita de la prescripción y se funda en que, según las pruebas aportadas en la segunda instancia, dicha demandada Rojas interpuso primero demanda solicitando la partición de la casa en disputa y porteriormente pidió que se nombrara un administrador, dando esa solicitud por resultado que judicialmente se designara para ese cargo al señor Hernando Mazuera.

Se considera:

a) Ha incurrido el recurrente en un error de técnica al estimar que el artículo 2514 del C. C., que consagra la renuncia expresa o tácita de la prescripción, fue violado por indebida aplicación, ya que de resultar en realidad infringido lo hubiera sido por falta de aplicación, y lo alegado es que se consumó la renuncia tácita y el Tribunal se abstuvo de declararla. Pero habiéndose citado el texto legal y luego explicado la causa o motivo de la infracción, es pertinente estudiar el cargo en su fondo.

b) En lo que dice relación a la demanda intentada para obtener la división del presunto bien común, estima esta Sala que se ajusta a derecho el razonamiento del Tribunal cuando al dilucidar este punto dice: "nada probatoriamente se deduce en contra de las demandantes ni en beneficio del mismo excepcionante, la pretendida renuncia tácita de la prescripción, porque las demandadas se opusieron a la intención de esa demanda alegando..... que no son comuneras con la demandada Communay porque sus derechos se han extinguido por prescripción y porque consideran que adquirieron la totalidad de la casa con justo título y buena fe....." Si, pues, no aceptaron las pretensiones de dicha demanda, negaron el título de la pretendida condómine y sostuvieron la validez del suyo, mal puede este simple fenómeno procesal producir la renuncia tácita de la usucapión.

c) En lo atañedero al nombramiento de administrador conviene observar lo siguiente: 1º Que a dicho acto no concurrieron las actoras Mazuera

personalmente, ni con propia y libre voluntad de reconocimiento expreso y deliberado de la comunidad, sino coaccionadas por la acción pública del órgano jurisdiccional que así se lo impuso contra su querer y a pesar de sus protestas. No les era dable rebelarse contra ese acto de autoridad y lo menos que podían hacer era concurrir para hacer valer la mayoría de sus cuotas de dominio y de esa manera lograr que se designara un administrador de su entera confianza. Entiende la Corte que para que un acto de esta índole, el nombramiento de un administrador de la comunidad, produzca el efecto de ocasionar la renuncia tácita de la usucapión, es necesario que a dicho acto concurra el comunero con absoluta libertad y por espontáneo impulso de su voluntad, reconociendo así la existencia del dominio procomunal.

De esa misma opinión son Planiol y Ripert cuando en su edición de 1942, número 752, Tomo III, dicen: "La renuncia tácita resulta de hechos posteriores al cumplimiento de la prescripción los cuales, siendo realizados voluntariamente y teniendo conciencia plena de ello, implican la intención de abandonar el derecho adquirido. Es evidente que los jueces no deben admitir a la ligera esa intención, induciéndola de actos equívocos que fueran susceptibles de otra interpretación; las renuncias no pueden presumirse.....".

Fuera de lo dicho, considera la Corte que es también fundado el reparo que hace el Tribunal, consistente en que el largo período de tiempo transcurrido entre la iniciación de la secuela sobre nombramiento de administrador y la diligencia final de nombramiento del mismo hace presumir que las actoras Mazuera pudieron en realidad oponerse a esa designación, alegando dominio exclusivo, en cuyo caso las copias de esas diligencias se pudieron aportar a los autos incompletas; de manera tal que el haber aceptado el cumplimiento del decreto judicial de administrador, sin que aparezca hecho indudable de aceptación, no implica voluntad explícita de aceptar dominio ajeno. Tan viable es la suposición de que las Mazuera consintieron en ese nombramiento como que esquivaron su consentimiento y se opusieron sin resultado, ya que por lo incompleto de las copias traídas nada se sabe de lo que ocurrió en la actuación, desde la notificación del auto que dispuso el nombramiento y señaló día para hacerlo hasta cuando se cumplió ese acto.

Salta a la vista lo infundado del cargo que se estudia.

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 el 15 de marzo de 1944.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

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

NO SE ORDENA CUMPLIR UNA PROVIDENCIA EXTRANJERA

Si nuestra legislación no autoriza el cumplimiento en Colombia de sentencias definitivas no ejecutoriadas, mucho menos el pretendido cumplimiento de simples providencias interlocutorias, como la que hace una declaración de heredero.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Sofía Sáenz Lara, colombiana, vecina y residente en Fontibón, compareció ante esta Corte con el objeto de que en cumplimiento de la providencia dictada por el Juez Civil de la Provincia de Cartago (República de Costa Rica), el Licenciado Enrique Brebes Castro, se le tenga como legítima heredera de su finado padre Juan de Dios Sáenz Rodríguez, cuyo juicio de sucesión cursa ante el Juez Primero del Circuito en lo Civil de Bogotá.

Su demanda la fundamenta en lo siguiente: a) en que es hija legítima de Juan de Dios Sáenz Rodríguez, colombiano fallecido en Costa Rica en el año de 1937; b) en que ante el Juzgado Civil de la Provincia de Cartago de la citada república, se abrió el juicio de sucesión del finado señor Sáenz y allí fue reconocida como heredera forzosa; c) que en esta ciudad de Bogotá cursa el juicio de sucesión del expresado Sáenz en el cual su apoderado no presentó las documentaciones del caso con las cuales acredita su condición de heredera forzosa del causante, y d) que presentada ante el Juez Primero del Circuito de Bogotá la documentación correspondiente, o sea la providencia del Juez de la Provincia de Cartago, a que se ha aludido, decidió que previamente debía aprobarse esa providencia por la Corte Suprema de Justicia.

En derecho se funda en los artículos 558 y siguientes del Código Judicial.

Dada a la demanda la tramitación legal señalada por los artículos 559 y 560 de la obra citada, pasa a decidirse.

La demandante acompañó copia debidamente autenticada de la providencia dictada por el Juez Civil de la Provincia de Cartago donde cursa el juicio de sucesión de Sáenz, dictada el 21 de agosto de 1937 de la cual aparece que se declara heredera del causante Juan de Dios Sáenz Rodríguez, en concepto de heredera forzosa a Sofía Sáenz Lara, hija del expresado Sáenz y de Eloísa Lara Holguín, quien en autos y en el testamento se le llama Sofía Sáenz Piñeres.

En el término probatorio no se pidieron pruebas y la única que existe es la copia debidamente expedida y autenticada, de la providencia del Juez de la Provincia de Cartago.

La providencia cuyo cumplimiento se impetra en Colombia no tiene el carácter de sentencia dictada en país extranjero, porque de la lectura de aquélla no se ve ni resulta que haya sido el remate de una controversia de fondo previas las formalidades de un juicio ordinario. Más bien esa providencia tiene el carácter de un auto interlocutorio, como lo tienen en Colombia las resoluciones judiciales de esa misma naturaleza. Por eso el Procurador al descorrer el traslado, en el que se opone a la pretensión de la demandante, conceptuó que no se trata de una sentencia que haya puesto fin a un juicio y que ésta es razón fundamental y suficiente por sí sola, para negar la solicitud, porque si nuestra legislación no autoriza el cumplimiento en Colombia, de sentencias definitivas no ejecutoriadas, mucho menos admite el pretendido cumplimiento de simples providencias interlocutorias, como la que hace una declaración de heredero.

Pero suponiendo que se tratara de una sentencia definitiva, tampoco podía prosperar la demanda, por dos razones: 1ª) porque no se ha demostrado que esté ejecutoriada, y 2ª porque tampoco se ha comprobado que exista tratado o convención de Colombia con la República de Costa Rica, sobre cumplimiento de sentencias ni se ha demostrado que en ese país se otorgue fuerza a las sentencias proferidas en Colombia.

Existe casi una absoluta carencia de pruebas dentro del plenario del juicio. Esto y la razón fundamental, o sea de que no se trata de una

verdadera sentencia definitiva y firme, llevan a la Corte a la conclusión negativa respecto de la petición contenida 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 y de acuerdo con el concepto del Procurador General de la Nación, NO ACCEDE a hacer la declaración contenida en la demanda propuesta por la señora Sofía Sáenz Lara, sobre cumplimiento en Colombia, de la providencia dictada por el Juez en lo Civil de la Provincia de Cartago de la República de Costa Rica.

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

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

PERJUICIOS — CULPA — DAÑO — ACTIVIDADES PELIGROSAS

1.—El uso general baraja las dos voces de empresa y compañía hasta hacerlas prácticamente sinónimas, en especial al tratarse de las de energía eléctrica, lo que no sólo acontece en forma popular, sino aun en altas esferas.

2.—Tres elementos son indispensables para que se produzca la acción de indemnización de perjuicios: culpa, daño y relación de causalidad entre esos dos.

3.—Ante el artículo 2356 del C. C. hay presunción de culpabilidad a cargo de quien ejercita una actividad peligrosa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado Civil del Circuito de Armenia cursó en primera instancia el juicio ordinario de los consortes Juan de Dios Loaiza y Ramona Vargas contra la Compañía Eléctrica Industrial del Quindío sobre indemnización de los perjuicios causados a los actores por la muerte de su hijo Carlos A. Loaiza, electrocutado el 6 de mayo de 1937 en esa ciudad. El Juzgado dictó el 14 de marzo de 1941 sentencia absolutoria por no estar demostrados los hechos fundamentales. Apelada por los demandantes, el Tribunal Superior de Pereira falló la segunda instancia el 24 de julio de 1944 declarando probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

Tramitado debidamente, se decide aquí el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, formada por los prenombrados consortes y su abogado, cesionario de cuota de sus derechos ejercitados en esta causa.

Como cuestión previa es de estudiarse lo tocante a esa excepción, puesto que si el concepto del Tribunal se acoge, no habrá lugar a estudio de fondo, y sólo prosperando el cargo del recurrente a ese respecto será como la Corte podrá y deberá entrar en la consideración de los problemas planteados en la demanda inicial del juicio.

Ese libelo lleva fecha 23 de enero de 1940. Señala a la parte demandada llamándola Empresa Eléctrica Industrial del Quindío, S. A., y la sentencia del Tribunal se funda en que la entidad que compareció y ha figurado se llama Compañía Eléctrica Industrial del Quindío. De que el libelo dice **Empresa** y no **Compañía,** es de donde deriva y en lo que fundamenta el Tribunal su fallo de 24 de julio de 1944, dictado en un proceso que había entrado al despacho para sentencia el 19 de febrero de 1942.

El recurrente acusa de quebranto del artículo 343 del C. J., como disposición sustantiva indebidamente aplicada al declarar una excepción inexistente, mediante la falta de apreciación de la demanda misma y de varias pruebas demostrativas de qué la misma parte demandada cuya comparecencia echa menos el Tribunal fue la entidad que desde el primer momento entendió ser demandada y la que sobre este pie sostuvo el pleito desde que comenzó hasta que se cerró la segunda instancia.

Se considera:

Efectivamente, si el libelo dice **Empresa,** el comprobante acompañado a él para señalar al señor Emiliano Laserna como gerente de la sociedad demandada, dice **Compañía.** Y el señor Laserna, notificado de la demanda el 5 de febrero de 1940, ese mismo día confirió poder manifestando obrar en su carácter de "gerente de la sociedad anónima denominada Compañía Eléctrica Industrial del Quindío,....." y dijo en ese memorial al Juez que el poder lo confería al abogado "para representar a dicha sociedad en el juicio ordinario que en su despacho ha propuesto contra ésta el doctor Clímaco Gómez G. por demanda de 23 de enero del presente año diciéndose apoderado de Juan de Dios Loaiza y María Ramona Vargas".

El apoderado al contestar la demanda procedió sobre la base de que esa Compañía era el demandado, sin reclamo alguno ni duda porque el libelo dijese **Empresa;** y si en las excepciones que opuso hace figurar la de ilegitimidad de per-

sonería, no lo hizo refiriéndose al demandado sino a la parte demandante.

El abogado al pedir pruebas en la primera instancia se expresó así: "Como apoderado de la Compañía Eléctrica Industrial del Quindío, en el juicio ordinario que contra ésta siguen en su despacho los señores Juan de Dios Loaiza y Ramona Vargas, respetuosamente pido a usted que con citación y audiencia de la contraparte se sirva decretar...." (Fol. 2, Cdno. 3º).

En su memorial del folio 1 del cuaderno 4º en la segunda instancia dijo: "Como apoderado de la Compañía Eléctrica Industrial del Quindío en el juicio establecido contra ésta por los señores Juan de Dios Loaiza y Ramona Vargas y a la cual se ha llamado en la demanda Empresa Eléctrica Industrial del Quindío y para que sean tenidas en cuenta al fallar el negocio, pido a Ud. que con citación y audiencia de la parte contraria se sirva ordenar y decretar la práctica de las siguientes pruebas:...."

Advierte, pues, que la demanda dice Empresa, no para afirmar o sugerir que se trata de entidad distinta, sino para acentuar la identidad entre la persona denominada Empresa en el libelo y la Compañía que él representa como parte efectivamente demandada y actuante en la controversia.

Como se ve, en la inteligencia inequívocamente dada así por una y otra de las partes litigantes al libelo de demanda, no sólo se trabó la **litis contestatio,** sino que cursó la primera instancia y también la segunda hasta que ya al final de ésta, cuando el abogado de la Compañía formuló su alegato de conclusión en respuesta del del abogado demandante y apelante, vino aquél a hacer presente que el libelo había dicho **Empresa** y que por no haber dicho **Compañía,** "el juicio tiene un vicio radical de nulidad por ilegitimidad en la personería sustantiva de la parte demandada....".

Siendo la situación de hecho la que queda expuesta y evidenciada con las transcripciones precedentes, es inoficioso traer a cuento las diferencias, ya gramaticales, ya jurídicas, entre los dos vocablos empresa y compañía, puesto que de lo que se trata es de saber si en realidad no se comprobó la existencia de la entidad demandada y no figuró ella en el debate. Estos son detalles de la mayor trascendencia para el sentenciador, puesto que al fallar ha de indagar ante todo si, figurando o faltando esos elementos, le está, por decirlo así y desde este punto de vista, abierta o cerrada la puerta de entrada al fondo del pleito.

Aquí, por lo visto, no hay duda sobre que ambos elementos están presentes. Sobre constitución de la Compañía obran los comprobantes legales (Cdno. 5, fols. 23v a 29); sobre la gerencia del señor Laserna obra el comprobante ya citado, acompañado al libelo, y el poder conferido por él apenas se le notificó la demanda, en los términos del respectivo memorial (Cdno. 1º, fol. 14) aquí transcrito, así como la respuesta al libelo y demás memoriales del apoderado a lo largo de la actuación, demuestran inequívocamente cómo la Compañía de que Laserna es gerente ha figurado en el juicio.

Así las cosas resulta que un mero juego de palabras vino a constituír el fallo recurrido, con sacrificio del fin primordial que a los procedimientos señala el Artículo 472 del C. J.

A este concepto se llega por obra de las consideraciones y transcripciones precedentes. No sobra, sin embargo, añadir que el uso general baraja aquellas dos voces empresa y compañía al punto de hacerlas prácticamente sinónimas, en especial al tratarse de las de energía eléctrica, lo que no sólo acontece en forma popular, sino aún en las altas esferas. Así por ejemplo el Gobierno en la Resolución Nº 36 de 4 de octubre de 1939, publicada en la entrega del Diario Oficial de 21 de los mismos traída al expediente como prueba a solicitud de la parte demandada (Cdno. 4º, fols. 11 y siguientes), al propio tiempo que nombra con la palabra **compañía** la entidad aquí en litigio, de que a la sazón era gerente ya el mismo señor Emiliano Laserna, se vale también de la palabra **empresa** en ambos numerales de la parte resolutiva. Y es de notarse que no aparece reclamo o duda sobre que aquella Compañía era la misma Empresa a la cual hacía el Ministerio las concesiones determinadas en ese proveído.

Lo dicho hasta aquí hace ver, de un lado, que el cargo analizado se justifica, y de otro, que consecuencialmente debe la Corte entrar en el fondo para pronunciar la sentencia que reemplace la recurrida (C. J. Artículo 538).

Versa el litigio sobre culpa extracontractual. Los actores la encuentran en la entidad demandada y, poniendo de presente el daño sufrido por ellos, le exigen indemnización.

Como es sabido, tres elementos son indispensables para que esta acción se produzca, a saber: culpa, daño y relación de causalidad entre esos dos.

Aquí el daño es la muerte del hijo de los demandantes. Siendo agente de policía y estando de vigilancia de un sector de Armenia, al amanecer de dicho 6 de mayo recibió un choque tal de la corriente eléctrica que ese mismo día murió. Apenas habrá para qué decir lo que a los padres significa la muerte del hijo, máxime cuando, como en este caso sucede, se trataba de un mozo fuerte y sano de condiciones morales admirables.

Los actores dan por sentado que la electrocución implica culpa de la Empresa, y a la verdad esa culpa es, en sus casos, base **sine qua non** de las demandas de esta índole. De ahí que lo cardinal sea indagar si el proceso demuestra que efectivamente fue por culpa de la Compañía como se produjo el accidente o, mejor dicho, si hay falta de ella en lo acontecido.

Ante el artículo 2356 del C. C., tal como esta Sala lo ha interpretado sostenidamente en varios fallos que es innecesario citar, hay presunción de culpabilidad a cargo de quien ejercita una actividad peligrosa. Siéndolo en grado sumo la de que aquí se trata, esa presunción se impone. Además, abundan pruebas de que la Compañía aquí demandada no atendía a sus aludidos deberes de vigilancia, que son a la vez sociales y jurídicos, pues usaba o mantenía elementos gastados. Pero tan censurable descuido no basta para dar por probado que en el caso singular de que se trata, que es al que la sentencia debe concretarse, lo acontecido se debiera a esa falta. En efecto, lo que sucedió fue que el golpe del ala de un gallinazo en vuelo al chocar con una línea transmisora de la corriente eléctrica para luz, la reventó, y que a renglón seguido Loaiza fue electrocutado al ponerse en contacto con la cuerda rota, sin que las pruebas establezcan cómo y por qué sobrevino ese contacto.

En carta del actual demandante Loaiza al gerente de la Compañía, fechada en Guarne el 9 de septiembre de 1937, carta traída como prueba por la Compañía y reconocida a solicitud de ella por aquél (Cdno. 4º fols. 26 a 28v) dice el actor que al posarse un gallinazo sobre una de las cuerdas de la luz eléctrica, esta se vino al suelo, y agrega: "Mi hijo entonces en cumplimiento de un deber quiso retirar la cuerda caída para que no estorbara o perjudicara a alguna persona, lo que efectivamente hizo; pero con tan mala suerte, que la corriente lo arrojó fuertemente sobre el cemento causándole una ancha herida en la cabeza y carbonizándole los dedos de ambas manos.... Mi hijo murió pocas horas después".

En carta a la persona de que se valió para entregar al gerente la que parcialmente acaba de transcribirse, dice Loaiza el 6 del mismo septiembre (Fol. 25 **ibidem**): "Se trata de manifestarle al señor gerente de la empresa que yo soy el padre del agente de policía señor Carlos A. Loaiza que murió trágicamente en esa ciudad a consecuencia de haber cogido un alambre electrificado".

En lo transcrito ha visto el abogado de la Compañía una confesión del demandante sobre la imprudencia y, por tanto, la culpa de la víctima; y el abogado demandante ha visto tan sólo una información testimonal recibida por el padre de la víctima, residente en lugar distante y transmitida por él en sus cartas, sin que esto la convierta en confesión.

Antes de pasar adelante se advierte que la decisión sobre estos pareceres sería inoficiosa, porque la culpa de la víctima es procedente indagarla en cuanto se ha hallado y declarado aquélla de la cual vendrá a ser descargo o reducción; pero no cuando esta culpa no se halla. En otras palabras, sólo con la culpa de la Compañía por punto de partida habría para qué indagar si la hubo en Loaiza, entre otros fines con los indicados, para su caso, por el Artículo 2357 del C. C.

Y esa culpa de la Compañía no puede declararse en este proceso, porque la forma en que ocurrió el hecho de donde pretenden los demandantes derivarla está indicando un caso fortuito exonerativo. Como se vió, la carta de Loaiza al Gerente habla de que un gallinazo se posó en la cuerda transmisora y que por esto la cuerda se reventó; pero las probanzas indican que, como lo dice el libelo de demanda en el relato de los hechos fundamentales, no fue simplemente que el gallinazo se posara en el alambre, sino que en su vuelo tropezó con sus alas contra la cuerda.

Este golpe que, dentro de lo normal bien pudo reventar una línea en buenas condiciones, es, a no dudarlo algo inprevisible o, al menos, razonablemente imprevisto. A que se agrega que el choque de que murió Loaiza sobrevino tan a continuación, que no cabe reclamar porque la Em-

presa no lo previniera suspendiendo la corriente o porque no remediara el daño reponiendo en seguida el alambre roto.

Estas consideraciones hacen ver con toda claridad que no puede atribuírse a falta de la Empresa ni la rotura de la línea, ni el contacto de sus extremos con Loaiza.

La Corte no ha seguido la tesis del riesgo creado; pero sí ha reconocido la antedicha presunción de culpa en las actividades peligrosas. Ha hallado, pues, tan sólo una presunción legal, así como la posibilidad de destruírla en que están las presunciones de esta clase; y dentro de nuestras leyes y siguiendo a los autores, ha reconocido el alcance del caso fortuito, aducido por aquéllas y citado por éstos en primer lugar entre los elementos exculpativos.

Falta, pues, uno de los elementos indispensables de los atrás enumerados. Los actores demostraron el daño; pero no se halla la culpa de donde deducen para la Compañía su deber de indemnizárselo. Esto indica que debe llegarse a la misma conclusión a que llegó el Juez, al pronunciar la Sala la resolución que ha de reemplazar la recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veinticuatro de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, y en su lugar confirma la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado Civil del Circuito de Armenia el catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.), Hernán Salamanca—José Miguel Arango—Isaías Cepeda — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Emilio Prieto H., Oficial mayor en propiedad.



ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR EL ABANDONO DE UN JUICIO POR EL APODERADO JUDICIAL

1.—Los servicios profesionales, por regla general y desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, no constituyen propiamente un mandato porque no conllevan la idea de representación ni de gestión por cuenta del mandante; pero si a esos servicios está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, como acontece en el caso de un procurador judicial, entonces la sujeción a las normas del título 28 del libro 4º del C. C. obedece no sólo a la disposición de la Ley sino a su propia naturaleza, porque en tales condiciones son constitutivos de un verdadero mandato. Tal es el caso del profesional de la abogacía que por convenio se encarga de representar a una persona en juicio, denominado apoderado judicial por el artículo 251 del C. J. Esta especie de mandato, de naturaleza solemne, vinculado particularmente al derecho procesal, se rige especial y preferencialmente por las disposiciones legales que el Código de Procedimiento Civil establece en el capítulo II, título IV del libro II, bajo el epígrafe "Apoderados", sobre su celebración y forma, capacidad, terminación y demás condiciones que lo caracterizan como un mandato específico, sin perjuicio de quedar sometido en lo demás a la normación general del mandato.

2.—No determina y enumera la Ley de Procedimiento Civil causales especiales de terminación del mandato judicial o cesación de las funciones del apoderado, de tal modo que es acertado concluír que este contrato termina en los casos generales que señala el artículo 2189 del C. C., con las modificaciones especiales que consagra el Código Judicial. De acuerdo con los principios normativos del mandato, para que la renuncia del mandatario, que autoriza el precitado artículo en su numeral 4º, ponga término al contrato, es necesario que le sea notificada al mandante, pues las obligaciones que le corresponden al mandatario, según lo establece el artículo 2193 de la misma obra no tienen fin sino después de transcurrido un término razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados. De otro modo se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante. Esta regla general sobre terminación del mandato por renuncia del mandatario tiene su modificación especial y de aplicación obligatoria, tratándose de los apoderados judiciales, en el artículo 265 del C. C. Así también el artículo 264 del C. J., establece, a diferencia de lo que al respecto estatuye el C. C., que el mandato no termina con la muerte del poderdante ni por la cesación de las funciones del que lo dió como representante de una persona natural o jurídica si ya está notificada la demanda, a no ser que sea revocado por los herederos o por la persona natural o jurídica a cuyo nombre se había conferido, o que expire el mandato por otra causa legal.

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

(Magistrado Ponente: doctor Hernan Salamanca)

Ante el Juzgado 7º de este Circuito, en el año de 1936, Ernesto Duque Lince obtuvo el embargo preventivo de una finca ubicada en jurisdición de Arbeláez de propiedad de Carlos del Valle, contra quien presentó la correspondiente demanda ejecutiva dentro del término legal para el cobro de una suma de dinero que le adeudaba. Fue adelantada la ejecución, bajo la inmediata dirección del acreedor, hasta intimar al ejecutado el mandamiento ejecutivo de pago y decretádose el secuestro de los bienes embargados preventivamente y embargado, además, la quinta parte del sueldo que el deudor devengaba como Senador de la República. En este estado del juicio, el ejecutante confirió poder especial al abogado Ricardo Gutiérrez Mejía en junio de 1937 para que adelantara la ejecución hasta su final, con facultades para recibir, transigir y desistir. Reconocido el apoderado judicialmente, actuó en el juicio hasta septiembre de 1938, fecha desde la cual abandonó toda gestión. En marzo de 1941, el ejecutado del Valle solicitó y obtuvo el desembargo de sus bienes trabados en la ejecución por haber estado el juicio en suspenso y sin actuación ninguna durante el término que señala el artículo 364 del C. J. Notificado personalmente al apoderado Gutiérrez Mejía el auto en que se

decretó el desembargo (12 de marzo de 1941), apeló de él, y el Tribunal declaró ejecutoriada la providencia recurrida por causa de que el apoderado no suministró el papel necesario para el repartimiento. En vista del abandono que su mandatario había hecho del negocio encomendado Duque Lince confirió poder a otro abogado, pero ya no se pudo obtener el embargo de los referidos bienes porque el ejecutado había dispuesto de ellos.

Considerando Ernesto Duque Lince que en esta conducta de su apoderado judicial había culpa por incumplimiento del mandato y que esto le había causado perjuicios, por medio de apoderado y en libelo de fecha 8 de julio de 1941, repartido al Juzgado 6º Civil de este Circuito, demandó a Ricardo Gutiérrez Mejía, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se le condejara en el proceso un sustituto o le hiciera notificar personalmente a su mandante la renuncia del mandato, como lo establece el artículo 265 les.

Se opuso el demandado a que se hagan las condenaciones solicitadas y propuso la excepción de contrato no cumplido, por no haberle suministrado el mandante lo necesario para gastos del juicio.

Adelantada sobre estas bases la actuación del primer grado, sentenció el Juzgado del Circuito el 9 de diciembre de 1941, declarando no probada la excepción propuesta y condenando al demandado a pagar al actor, en la cuantía que se fije por el procedimiento del artículo 553 del C. J., los perjuicios que le causó por el incumplimiento del mandato judicial que le confirió el 4 de junio de 1937 en el juicio ejecutivo que adelantaba contra Carlos del Valle.

Sentencia Acusada

..Profirió sentencia definitiva el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al término de la actuación de la segunda instancia a que dió lugar la apelación que el demandado interpuso contra el fallo del Juzgado, en la cual se confirmó la condena contenida en la providencia recurrida con la aclaración de que versa exclusivamente sobre perjuicios materiales. Sin costas en el grado.

A la luz del estudio probatorio que hace el Tribunal concluye que el case **sub judice** versa sobre un contrato de mandato judicial, gobernado preferentemente por las reglas y disposiciones que al respecto contiene el Código de Procedimiento Civil; que no hay duda sobre el hecho de que el apoderado abandonó el negocio judicial que se le confió, incurriendo así en culpa contractual de incumplimiento determinante de perjuicios; que no es aceptable la explicación que de su inercia procesal da el demandado, consistente en que no habiendo su poderdante aceptado la transacción que **ad referendum** celebró con el ejecutado del Valle hacia 1938, renunció el poder que le había conferido y que fue en virtud de la aceptación que de esta renuncia hizo Duque por lo que no volvió a hacer gestión alguna en el ejecutivo, porque además de que esta pretendida renuncia no se ha demostrado plenamente, carecería, de haberse establecido, de solidez y eficacia en virtud de la gestión que con posterioridad a ella realizó el apoderado Gutiérrez Mejía, y porque ni aún probada plenamente tendría fuerza jurídica para poner término a las obligaciones del apoderado demandado, mientras no dejara en el proceso un sustituto o le hiciera notificar personalmente a su mandante la renuncia del mandato, como lo establece el artículo 265 del C. J.

El recurso

Vencido en las dos instancias del juicio, el demandado interpuso contra la sentencia definitiva del Tribunal el recurso de casación que hoy se decide, finalizada como está su tramitación legal.

Con apoyo en la causal primera de casación (artículo 520 del C. J.) acusa el recurrente la sentencia por violación directa de ley sustantiva y como consecuencia de errores de hecho en que incurrió el sentenciador al estimar algunas de las pruebas aducidas por la parte actora. Cita como infringidos los artículos: 2066, 2069, 2144, 2184, 2185, 2167, 2189 y 2193 del C. C., 1º de la Ley 57 de 1887 y 265, 593, 694, 696, 697, 699 y 701 del C. J., y funda su acusación por quebranto legal en los siguientes razonamientos que se extractan de su demanda:

El Tribunal no dió a las declaraciones de Lázaro Calderón Aristizábal y Felipe Barón ni a la carta de Telésforo Jiménez el valor que les concede la Ley, y en cambio acogió preferencialmente el dicho de Carlos del Valle, parte interesada en el juicio que le seguía Duque Lince. De

estas pruebas, bien apreciadas, "aparece claramente —dice la demanda— que yo renuncié el poder ante mi mandante Duque Lince, y en consecuencia, por virtud de la renuncia, quedé eximido de las obligaciones que el mandato me impuso".

Incurrió también el Tribunal en error de hecho por no haber apreciado el telegrama, visible al f. 1 del cuaderno Nº 3, en que el apoderado llamó a su poderdante y le pidió el certificado de paz y salvo para perfeccionar en el año de 1938, la escritura de transacción acordada con el ejecutado del Valle.

"Acuso también la sentencia —dice en su cargo final el recurrente— por error de derecho, que consiste en haber violado directamente el artículo 1º de la Ley 57 de 1887 sobre el orden de prelación de los Códigos, en el cual se estatuye que las disposiciones del Código Civil priman sobre las del Código Judicial".

Considera la Sala

Desde luego no hay duda que el demandado abandonó el ejercicio del mandato judicial conferido por el actor en el ejecutivo contra Carlos del Valle para que lo representara hasta la terminación del juicio, desde el 6 de octubre de 1938 y que por causa de esto se decretó contra el ejecutante la sanción que establece el artículo 364 del C. J., lo cual determinó a su vez la ineficacia de la acción de cobro instaurada por Duque Lince porque tal ocurrencia dió lugar y forma a que el ejecutado dispusiera de los bienes que le habían sido embargados para el pago. No se trata en el recurso de desconocer o alterar esta realidad procesal que es la base esencial del litigio. El objetivo que persigue el recurrente es justificar jurídicamente su inercia profesional alegando que la renuncia que hizo del poder lo libertó de sus obligaciones de mandatario.

De acuerdo con el artículo 2144 del C. C. los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona ante terceros, se sujetan a las reglas del mandato, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 2069 de la misma obra, tales servicios están sujetos también a las reglas que gobiernan el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no tuvieren de contrario a las primeras. No sin advertir que no todos los servicios profesionales tienen las mismas características y condiciones y que en doctrina jurídica son inconfundibles los contratos de arrendamiento de servicios inmateriales y de mandato, la verdad es que los servicios de profesionales y carreras que suponen largos estudios, como los de los abogados, médicos, ingenieros, se someten en primer lugar o preferencialmente a las normas del mandato y sólo secundariamente a las del arrendamiento, de manera que en lo relativo a la formación del contrato, responsabilidades del profesional, su honorario y terminación del contrato es preciso observar las disposiciones que rigen el mandato.

Los servicios profesionales, por regla general y desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, no contituyen propiamente un mandato porque no conllevan la idea de representación ni de gestión por cuenta del mandante; pero si a esos servicios está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, como acontece en el caso de un procurador judicial, entonces la sujeción a las normas del título 28 del libro 4º del C. C. obedece no sólo a la disposición de la Ley sino a su propia naturaleza porque en tales condiciones son constitutivos de un verdadero mandato. Tal es el caso del profesional de la abogacía que por convenio se encarga de representar a una persona en juicio, denominado apoderado judicial por el artículo 251 del C. J. Esta especie de mandato, de naturaleza solemne, vinculado particularmente al derecho procesal, se rige especial y preferencialmente por las disposiciones legales que el Código de Procedimiento Civil establece en el capítulo II, título IV del libro II, bajo el epígrafe "Apoderados", sobre su celebración y forma, capacidad, terminación y demás condiciones que lo caracterizan como un mandato específico, sin perjuicio de quedar sometido en lo demás a la normación general del contrato.

Puede ya utilizarse lo predicho para rechazar el cargo final de la demanda de casación por quebranto del artículo 1º de la Ley 57 de 1887, porque el Tribunal no alteró en su sentencia el orden legal de aplicación de los códigos sino que se limitó simplemente a reconocer y dar preferencia a la reglamentación especial que el Código de Procedimiento Civil hace del mandato judicial.

No determina y enumera la Ley de Procedimiento Civil causales especiales de terminación

del mandato judicial o cesación de las funciones del apoderado, de tal modo que es acertado concluír que este contrato termina en los casos generales que señala el artículo 2189 del C. C., con las modificaciones especiales que consagra el Código Judicial. De acuerdo con los principios normativos del mandato, para que la renuncia del mandatario, que autoriza el precitado artículo en su numeral 4º, ponga término al contrato, es necesario que le sea notificada al mandante, pues las obligaciones que le corresponden al mandatario, según lo establece el artículo 2193 de la misma obra, no tienen fin sino después de transcurrido un término razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados. De otro modo se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante. Esta regla general sobre terminación del mandato por renuncia del mandatario tiene su modificación especial y de aplicación obligatoria, tratándose de los apoderados judiciales, en el artículo 265 del C. J., que establece que la renuncia del apoderado no pone término al poder y, por consiguiente, el mandatario debe seguir gestionando mientras no se presente quien deba reemplazarlo o se haga saber su renuncia por notificación personal a quien ha conferido el mandato a fin de que pueda atender a su defensa continuando personalmente la gestión o constituyendo nuevo apoderado. De la misma manera, el artículo 264 del citado Código Judicial establece, a diferencia de lo que al respecto estatuye el C. C., que el mandato no termina con la muerte del poderdante ni por la cesación de las funciones del que lo dió como representante de una persona natural o jurídica si ya está notificada la demanda, a no ser que sea revocado por los herederos o por la persona natural o jurídica a cuyo nombre se había conferido, o que expire el mandato por otra causa legal.

En armonía con estas normas legales y según el planteamiento dado a la cuestión litigiosa, la solución que trae la sentencia resulta de una legalidad inobjetable, porque es evidente que en el proceso no obra, ni existe, la renuncia que el abogado Gutiérrez Mejía hiciera del poder conferido por el demandante Duque Lince para que adelantara la ejecución contra Carlos del Valle, renuncia que debe ser expresa para que pueda ser notificada al poderdante en la forma personal que exige la ley. Por el contrario, lo que de autos aparece es que en el mes de marzo de 1941, con posterioridad de dos años a la fecha en que dice haber renunciado, el apoderado tenía la representación judicial, pues fue entonces cuando interpuso recurso de apelación contra el auto en que se decretó el desembargo de los bienes trabados en la ejecución, como ya se dejó visto.

Así las cosas, pierde totalmente su importancia el cargo consistente en que el Tribunal no les dio "el valor que les concede la ley" a las declaraciones testimoniales de Calderón Aristizábal y Felipe Barón, en cuanto en ellas se afirma que en el año de 1938, en la oficina del doctor Gutiérrez Mejía, éste renunció el poder que le había conferido el demandante Duque Lince y que éste le aceptó la renuncia, porque estando establecido evidentemente que tal renuncia no se llevó al proceso judicial, como lo manda la ley, y demostrando asimismo hasta con la propia aceptación del demandado que él tuvo intervención procesal de mandatario o apoderado en el año de 1941, que fueron las razones que indujeron al sentenciador a desestimar la pretendida renuncia, estas aseveraciones testimoniales quedan reducidas a nada. La lectura y análisis de estos testimonios no pone en evidencia un falso concepto judicial sobre la realidad del proceso, como sería preciso para que pudiera existir el error de hecho en su estimación, ni en el justiprecio de su mérito, hecho dentro de la facultad estimativa que corresponde legalmente al juzgador, se ha violado ninguna norma valorativa de esta prueba, como habría tenido que suceder para que pudiera hablarse de error de derecho.

"Suponiendo que verbalmente se hubiese renunciado —dice la sentencia refiriéndose a estas declaraciones testificales—, ya se vió que esa renuncia no tuvo seriedad ni eficacia jurídica, porque ni el poderdante revocó el poder, nombrando nuevo apoderado, antes de apelar de auto de desembargo, ni el apoderado renunció ante el Juez del conocimiento, y antes bien, ejerció el mandato al interponer el recurso de apelación contra tal auto; con ello, aunque los testimonios hablen de una renuncia en 1938, falta la solidez y eficacia de ella, por virtud de la actuación posterior misma de las partes contratantes".

Ninguna irregularidad cometió el Tribunal al negarle mérito probatorio a la carta de Telésforo Jiménez, que el recurrente cita entre las pruebas mal apreciadas, porque esta misiva, dirigida al demandado, en que le dice que le consta a ciencia cierta que manejó con toda inteligencia y

acuciosidad, hasta haber logrado una transacción, el juicio ejecutivo en referencia, es, como lo dice la sentencia, un documento emanado de un tercero, cuya autenticidad no se ha acreditado en la forma legal. Por lo demás, de esta especie de certificado de diligencia profesional nada se deduce contra el hecho evidente de que el demandado se apartó culposamente de su mandato, en la forma ya vista.

Carente de todo fundamento y de incidencia en el recurso es el cargo que se hace consistir en que el Tribunal no tuvo en cuenta "el valor legal del telegrama que en copia auténtica figura en el expediente, por el cual llamé a Duque Lince para que viniera a esta ciudad a perfeccionar la transacción que tenía yo arreglada con Carlos del Valle". Fuera de que de esta comunicación telegráfica nada se deduce contra las conclusiones de la sentencia, porque se refiere a época anterior a la en que comenzó el abandono que se le imputa al apoderado, no es cierto que en la sentencia no haya sido tenida en cuenta y debidamente analizada. En torno de esta pieza procesal se leen en el fallo estas acertadas consideraciones: "Teniendo como tenía el mandatario Gutiérrez Mejía autorización convencional, judicialmente reconocida para transigir, no era necesaria ninguna cita al poderdante. Hubo entre el apoderado del ejecutante y el ejecutado conversaciones de arreglo o transacción del negocio pendiente en el Juzgado 7º, que si no se llevaron a efecto fue por falta de voluntad del apoderado, ya que ni siquiera necesitaba consultar al poderdante, o porque no accedió a cerrar la transacción. Esto, en la hipótesis de que el proyectado arreglo estuviese plenamente establecido con los elementos probatorios dichos, que no alcanzan a constituír plena prueba de una imposibilidad en el apoderado para cumplir las obligaciones provenientes del mandato conferido".

Y no planteando la demanda de casación ningún otro aspecto de ilegalidad con posible incidencia sobre la resolución contenida en el fallo acusado, 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 31 de marzo de 1944, que ha sido materia de este recurso de casación.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Hernán Salamanca — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Emilio Prieto H. Oficial mayor en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA ESCRITURA Y DE REIVINDICACION. INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1.—Muchas veces ha sostenido la Corte que una demanda puede interpretarse con el objeto de buscarle alguna efectividad o realidad a lo pedido, siempre que no se varíen o modifiquen los factores de la litis.

2.—La situación jurídica del marido como administrador de la sociedad conyugal, conforme al Código Civil, quedó esencialmente modificada por el imperio de la Ley 28 de 1932, especialmente por los artículos 1º y 7º de dicho estatuto. Desde el día primero de enero de 1933 el marido dejó de ser el administrador único y exclusivo de la sociedad conyugal y surgió también como administradora la mujer. Por imperio de la mencionada Ley el marido no puede disponer, como antes de ella, de los bienes sociales, de los que forman parte del haber de la sociedad conyugal conforme al artículo 1781 del Código Civil, que hayan sido adquiridos antes de la vigencia del estatuto, de una manera absoluta y exclusiva sino conjuntamente con su mujer. Sólo en el caso de liquidación de la sociedad conyugal de acuerdo con el Artículo 7º de la Ley 28, pueden el marido o la mujer disponer independientemente uno de otro de los bienes que les hayan sido adjudicados en la respectiva liquidación. La jurisprudencia de esta Corte es unánime y múltiple al respecto, desde la sentencia de fecha 20 de octubre de 1938 hasta la del 13 del mes en curso. Así pues cuando el marido dispone exclusivamente de los bienes sociales, a la mujer le asiste la personería suficiente para hacer volver esos bienes al patrimonio social y tiene, por tanto la acción reivindicatoria directa que se dirige contra el poseedor de los bienes sociales vendidos por el marido, y como no se trata de nulidad ni de resolución de un contrato, no es necesario, como lo ha dicho la Corte, que se demande al marido.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón)

El 30 de julio de 1928 contrajeron matrimonio católico Josué Peñuela y Francisca del Castillo. Aparece de la escritura 742 de 28 de mayo de 1931, corrida ante el Notario Quinto de esta ciudad, que Josué Peñuela S. en virtud de un contrato de permuta celebrado con Ignacio Correal F. adquirió un inmueble denominado "Villa Gertrudis" y después "Marsella" compuesto de tres lotes o globos de terreno distintos pero que forman un sólo globo sin solución de continuidad, situado en esta ciudad en la esquina nor-este formada por la intersección de la carrera Ricaurte, antes Girardot y una calle pública sin número, en el Barrio de San Cristobal.

Este mismo inmueble lo transfirió Josué Peñuela a Cornelio Fonseca Mateus, a título de venta, según consta de la escritura 2282 de 30 de septiembre de 1933, corrida ante el Notario Segundo de esta ciudad.

Francisca del Castillo de Peñuela, mujer de Josué Peñuela, instauró demanda ordinaria contra su marido, contra Cornelio Fonseca Mateus y contra José Vicente Peñuela, para que se declare que es nulo el contrato recogido en la precitada escritura 2282, y para que en consecuencia se declare que queda de propiedad de la sociedad conyugal o más propiamente, vuelven al dominio de dicha sociedad, los inmuebles que aparecen vendidos por la escritura 2282 y que el demandado Fonseca Mateus debe restituírlos a la mencionada sociedad, junto con sus frutos civiles y naturales que de acuerdo con las leyes rigen la materia.

La actora expone en la demanda que no habiendo sido liquidada la sociedad conyugal Peñuela-del Castillo conforme al estatuto de 1932, Ley 28, las fincas determinadas en el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura 2282, forman parte del haber de dicha sociedad conyugal.

Fundó su acción en la Ley 28 de 1932 y en los artículos 1740 a 1756 del Código Civil y como hechos fundamentales invocó el estar casada con el demandado Josué Peñuela desde el 30 de julio de 1928, haber adquirido las fincas que fueron materia de la venta durante la existencia de la sociedad conyugal, haberse vendido éstas sin es-

tar liquidada esa sociedad conyugal, por el demandado Josué Peñuela quien dejó de ser administrador único de dicha sociedad desde el primero de enero de 1933, y ser el señor Cornelio Fonseca Mateus el poseedor de los inmuebles que Peñuela le vendió por la escritura 2282.

Se cerró la primera instancia con sentencia absolutoria proferida por el Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá el 21 de junio de 1943. El juzgador estimó que las acciones propuestas eran inconducentes y por eso absolvió.

Se apeló de esa sentencia por ambas partes. El demandado redujo su recurso en cuanto la parte actora no fue condenada en costas.

Concedido el recurso, finalizó la segunda instancia con la sentencia de 16 de mayo de 1944 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la cual se revocó la de primer grado, se declararon infundadas las excepciones perentorias propuestas, se declaró que pertenece a la sociedad conyugal ilíquida formada por Josué Peñuela y Francisca del Castillo de Peñuela todo el inmueble que aparece determinado en la escritura pública 2282 de la Notaría 2ª de Bogotá, de 30 de septiembre de 1933; se condenó al demandado Cornelio Fonseca Mateus a restituír el citado inmueble a la sociedad conyugal Peñuela-del Castillo seis días después de ejecutoriado el fallo, junto con los frutos naturales y civiles percibidos desde la contestación de la demanda; se ordenó cancelar la inscripción en el Registro, de la mencionada escritura, y se negó lo demás pedido en el libelo, o sea la nulidad.

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

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente:

El Tribunal halla improcedente la acción de nulidad absoluta impetrada en la demanda, porque el contrato recogido en la escritura 2282 no adolece de ningún vicio de fondo ni de forma que lo haga nulo. Es una venta de cosa ajena, la cual es válida sin perjuicio de los derechos del dueño.

En cuanto a la acción reivindicatoria intentatada, el fallador de Bogotá, partiendo de la base exacta de que los bienes vendidos por la escritura 2282 fueron adquiridos durante la sociedad conyugal existente entre Josué Peñuela y Francisca del Castillo y vendidos a Cornelio Fonseca Mateus el 30 de septiembre de 1933, venta que hizo únicamente Josué Peñuela, cuando en virtud del estatuto de 1932, Ley 28 de este año, el vendedor Peñuela no era ya el único administrador de la sociedad conyugal, la cual, cuando se verificó la venta no estaba disuelta ni liquidada, reconoció la personería sustantiva de la mujer de Josué para entablar esta acción y como está demostrado que es Cornelio Fonseca Mateus el poseedor de los bienes de que da cuenta la escritura 2282, lo condenó a restituírlos a la sociedad conyugal Peñuela-del Castillo.

El otro demandado, José Vicente Peñuela, quedó fuera del debate por imperio de la sentencia recurrida y está fuera del presente recurso todo lo relacionado con este demandado porque las peticiones que se hicieron respecto a él fueron negadas y ese punto quedó en firme.

No se debate en este recurso sino lo atinente a la acción reivindicatoria y a la condenación del demandado Fonseca a restituír los bienes que le compró a Josué Peñuela. El extremo de la nulidad absoluta del contrato, no es materia del recurso, ni podría serlo, desde luego que se negó esa súplica y el recurrente es únicamente el demandado Cornelio Fonseca.

Se hacen dos cargos a la sentencia. El primero de ellos, con la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial.

Sostiene el recurrente que la acción reivindicatoria nó fue impetrada ni demandada, de donde concluye que el Tribunal no podía deducirla.

La Corte observa: Muchas veces ha sostenido esta Corporación que una demanda puede interpretarse con el objeto de buscarle alguna efectividad o realidad a lo pedido, siempre que no se varíen o modifiquen los factores de la litis. Leyendo detenidamente el libelo, podría llegarse, por una interpretación razonable de él, a la conclusión de que se ejercitó por la demandante la acción reivindicatoria. Pero no es necesario, en este caso, el criterio interpretativo o deductivo, porque, a juicio de la Corte, de la simple lectura del libelo se ve de bulto que la actora ejercitó la acción reivindicatoria contra Cornelio Fonseca. En efecto: en la segunda súplica de su demanda solicita que se declare que "quedan de propiedad de la sociedad conyugal formada por Josué Peñuela y Francisca del Castillo, o más propiamente vuelven al dominio de dicha sociedad conyugal, debiendo en consecuencia restituírlos a la mencionada sociedad conyugal el deman-

dado Sr. Cornelio Fonseca Mateus, en el término que fije la sentencia, con sus frutos civiles y naturales de acuerdo con las leyes que reglan la materia". En la cuarta petición se suplica "que bien sea por razón de la primera petición (la de nulidad del contrato) o bien por la segunda que comporta reivindicación, se ordene la cancelación en la Oficina de Registro de esta ciudad de la escritura 2282 de 30 de septiembre de 1933". En la quinta súplica se pide "que no habiendo sido liquidada la sociedad conyugal Peñuela-del Castillo conforme al estatuto de 1932 sobre régimen patrimonial, Ley 28 de dicho año, las fincas alinderadas en la primera petición forman parte del haber de dicha sociedad conyugal al tenor del Artículo 1781 del Código Civil".

Uno de los hechos fundamentales aducidos por la actora es el siguiente: "En que el señor Cornelio Fonseca Mateus, está en posesión material de las fincas objeto de este juicio desde que se las entregó mi esposo, y las ha estado usufructuando desde entonces recibiendo para sí los frutos o arrendamientos de tales fincas como único dueño".

Las transcripciones anteriores demuestran con luz meridiana que la demandante ejercitó la acción reivindicatoria contra el demandado Fonseca y que el hecho de haberla vinculado a la primera súplica, en nada le quita su entidad como acción reivindicatoria, como declaración de dominio a favor de la sociedad conyugal independiente de la acción de nulidad.

El Tribunal falló pues, sobre lo que fue objeto de la litis, de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, de donde se concluye que el cargo que se estudia no puede prosperar.

En el segundo cargo se acusa la sentencia por violación de los artículos 1º y 7º de la Ley 28 de 1932, 946, 962 y 1781 inciso 5º del Código Civil, a consecuencia, dice el demandante, de errores de hecho y de derecho tanto en la interpretación de la demanda como en la de los contratos a que se ha hecho referencia.

Se considera: Ya se vió al estudiar el cargo anterior que el Tribunal no incidió en error de ninguna clase al interpretar la demanda.

La situación jurídica del marido como administrador de la sociedad conyugal, conforme al Código Civil, quedó esencialmente modificada por el imperio de la Ley 28 de 1932, especialmente por los artículos 1º y 7º de dicho estatuto. Desde el día primero de enero de 1933 el marido dejó de ser el administrador único y exclusivo de la sociedad conyugal y surgió también como administradora la mujer. Por imperio de la mencionada Ley el marido no puede disponer, como antes de ella, de los bienes sociales, de los que forman parte del haber de la sociedad conyugal conforme al artículo 1781 del Código Civil, que hayan sido adquiridos antes de la vigencia del estatuto, de una manera absoluta y exclusiva sino conjuntamente con su mujer. Sólo en el caso de liquidación de la sociedad conyugal de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 28, pueden el marido o la mujer disponer independientemente uno de otro de los bienes que les hayan sido adjudicados en la respectiva liquidación. La jurisprudencia de esta Corte es unánime y múltiple al respecto, desde la sentencia de fecha 20 de octubre de 1938 hasta la del 13 del mes en curso.

No aparece pues, que el Tribunal haya violado los artículos 1º y 7º de la Ley 28.

Cuando el marido dispone exclusivamente de los bienes sociales, a la mujer le asiste la personería suficiente para hacer volver esos bienes al patrimonio social. En sentencia de 29 de octubre de 1941 (G. J. Nº 1980) dijo la Corte: "La mujer, como socia, y por tanto, 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 o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a distraer los bienes de esa sociedad de manera ilegítima, y la reivindicación de esos bienes está demandada bien para la sociedad, porque de la sociedad son y a ella deben volver".

La mujer tiene, por lo tanto, la acción reivindicatoria directa, que se dirige contra el poseedor de los bienes sociales vendidos por el marido, y como no se trata de nulidad ni de resolución de un contrato, no es necesario, como lo ha dicho esta Corte, que se demande al marido. Si pues la acción reivindicatoria está dirigida en el caso de este pleito contra el comprador y poseedor de los bienes, el demandado Cornelio Fonseca Mateus, resulta que está bien encaminada, que por lo dicho antes la actora tiene personería para ejercitarla y que no era esencial demandar a Josué Peñuela. Consideradas así las cosas no existe violación de los artículos 946 y

962 del Código Civil, que configuran la acción reivindicatoria.

Está demostrado que los bienes vendidos por Josué Peñuela a Cornelio Fonseca Mateus fueron adquiridos desde antes de 1932, durante el matrimonio, durante la existencia de la sociedad conyugal habida entre Francisca del Castillo y Josué Peñuela y que éste los vendió sin estar liquidada la sociedad conyugal y sin intervención de su mujer. Por este aspecto no existe error en la interpretación del contrato recogido en la escritura 2282.

Uno de los lotes que forman el globo de terreno vendido por Josué Peñuela a Cornelio Fonseca Mateus, había sido vendido antes por Josué a José Vicente Peñuela S. Pero resulta que en el mismo contrato recogido en la escritura dos mil doscientos ochenta y dos (2282) aparece que José Vicente y Josué declararon resuelto y sin valor alguno ese contrato, de donde resulta que ese lote de terreno volvió a entrar a la sociedad conyugal Peñuela-del Castillo y que una vez que entró, lo vendió Josué a Cornelio. De modo que ese lote es un bien social y al estimarlo así el Tribunal, no infringió el numeral 5º del artículo 1781 del Código Civil. Ahora, si se interpreta ese contrato no como de resolución de otro anterior sino como cumplimiento de la estipulación del retracto, tampoco hay error en el Tribunal de Bogotá, y el fenómeno sería el mismo, o sea que el bien vendido con pacto de retroventa, volvió a entrar a la sociedad conyugal, según el artículo que acaba de citarse, de donde, por este aspecto, tampoco existe que hayan sido infringidas las normas citadas por el recurrente.

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

Sin costas en el recurso, por aparecer que no se han causado.

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

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

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

Benjamín Alzate, hallándose enfermo de gravedad, vendió a Cruz Camacho Fajardo, por escritura Nº 13, del 3 de enero de 1941, de la Notaría de Calarcá, un terreno denominado LIMONES, ubicado en el paraje de Vega-Larga, en jurisdicción del indicado Municipio. A continuación, el mismo día y hora y en la propia casa en donde se encontraba enfermo Alzate, Camacho Fajardo vendió el referido terreno a Blanca Oliva Cortés de Alzate, casada con Pascual Alzate, y Carmen Alzate de Marín, por escritura número 14, del 3 de enero de 1941, otorgada también ante el Notario de Calarcá.

Benjamín Alzate había sido casado con María Mercedes Cardona y durante ese matrimonio tuvieron y procrearon seis hijos, llamados Mercedes, Carmen, Lucía, Ramón, Pascual y José María Alzate Cardona.

Benjamín Alzate murió el 6 de enero de 1941, y con anterioridad había muerto su cónyuge, María Mercedes Cardona.

El 25 de marzo de 1941 Mercedes Alzate de Barahona, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario a Cruz Camacho Fajardo, Pascual Alzate, Blanca Oliva Cortés de Alzate y Carmen Alzate de Marín, y pidió que por sentencia definitiva se hicieran las declaraciones que en seguida se resumen:

Que son nulos, por falta de precio, por falta de causa y por falsa causa, los contratos consignados en las escrituras números 13 y 14 antes citadas; que el dominio del inmueble denominado "Limones' pertenece a la sucesión intestada e ilíquida de Benjamín Alzate, representada por sus seis hijos legítimos mencionados atrás; que se condene a los demandados Camacho Fajardo, y especialmente a Blanca Oliva Cortés de Alzate y Carmen Alzate de Marín, a restituír el expresado inmueble a dicha sucesión, libre de gravámenes y, que se condene a los demandados a indemnizar a los demandantes "los perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial que les han sido ocasionados por el otorgamiento de las escrituras números 13 y 14 referidas; que se ordene hacer las cancelaciones correspondientes, y que se condene en costas a los demandados.

En subsidio solicitó que se decidiera "que son simulados los contratos de venta verificados en las escrituras números 13 y 14, de 3 de enero de 1941", de que se ha hablado, y que se hicieran las demás declaraciones consecuenciales.

En subsidio de esas declaraciones pidió que se resuelva "que es nulo, por falta de precio, falta de causa y falsa causa, el contrato de venta estipulado en la escritura número 13"; que, en consecuencia, es también nulo el contenido en la escritura número 14, y que se hagan las demás declaraciones antes impetradas.

Tramitado legalmente el asunto fue decidido en primera instancia por sentencia fechada el quince de junio de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual se absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, porque consideró el Juez que no se hallaban probados los hechos fundamentales de ella.

En virtud de apelación interpuesta oportunamente por la parte demandante, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, donde, una vez agotada la tramitación propia del segundo grado, se pronunció el fallo del nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, que confirmó en todas sus partes la sentencia apelada, sin condenar en costas.

El Tribunal hizo un estudio detenido de las acciones incoadas y de las pruebas aducidas por la parte actora, y llegó a la conclusión de que no están demostrados los hechos fundamentales de dichas acciones.

El recurso

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la demandante, el que, habiéndose tramitado legalmente, se decide hoy.

El recurrente, con apoyo en la primera de las causales que señala el artículo 520 del C. J., acusa la sentencia por violación de la Ley sustantiva, pues sostiene que hubo aplicación indebida de algunas disposiciones, falta de aplicación e interpretación errónea de otras, ya directamente, ya como consecuencia de algunos errores de hecho y de derecho que enumera.

Cita como preceptos violados los artículos 66, 745. 746, 946, 1458, 1502, 1524, 1618, 1740, 1741, 1746, 1748, 1757, 1759, 1766, 1768, 1769, 1849, 1864, 1865, 1902, 1928, 1929, 1934, 2590, y 2591 del C. C.; 91 de la Ley 153 de 1887; Ley 50 de 1936; y 65 y 66 de la Ley 63 de 1936; y 205, 209, 471, 472, 601, 603, 604, 606, 661, 662, 663, 665, 666, 667 y 696 del Código Judicial.

Afirma el recurrente que el Tribunal no estudió todas y cada una de las peticiones de la demanda y que interpretó mal ésta, porque la solicitud sobre declaratoria de nulidad de los contratos acusados, por falta de precio, la tomó como acusación por falta de pago del precio, cuestión no pedida y fundamentalmente distinta. Dice también que el Tribunal no tuvo en cuenta varias de las pruebas traídas al juicio, tales como las posiciones absueltas por los demandados, con lo cual incurrió en los errores de hecho y de derecho consiguientes.

Se considera:

Como atrás se vió, son varias las peticiones, principales y subsidiarias, que contiene el libelo inicial de este pleito. El recurrente afirma que el Tribunal no las estudió todas, pero basta leer con detenimiento la sentencia para concluír que sí hizo un análisis pormenorizado de ellas, y que, si absolvió a los demandados fue porque no encontró plenamente demostrados los hechos básicos de las solicitudes impetradas.

No resulta exacta la afirmación que hace el recurrente de que el Tribunal confundió la acción de nulidad por falta de precio, con la acción por el no pago de él.

La sentencia habla de esas dos acciones, pero no para confundirlas sino para poner de manifiesto la diferencia que existe entre ellas.

En efecto, dice:

"Que porque no se pagó precio —se está dentro de una hipótesis para aclarar un concepto— ¿el acto sea nulo? Es erróneo a todas luces. Cuando no se paga el precio el acto puede ser resoluble. Cuando pactando el precio de modo explícito, el vendedor no tuvo intención de recibirlo, sino donarlo, o sea, cuando se hace aparecer un acto que no se quiso celebrar para aparentar otro, entonces el acto visible es simulado. Pero como en el caso presente el precio se pactó en una escritura y las partes se pusieron de acuerdo en cuanto a los objetos vendidos y su valor, y fueron legalmente capaces de celebrarlo, pues otra cosa no está demostrada en el expediente, **entonces es inane pedir la nulidad del contrato por falta de precio".**

De otro lado, el Tribunal sí hizo un examen amplio y minucioso de las posiciones absueltas por los demandados, y llegó a la conclusión de que no puede deducirse de ellas la prueba plena o completa que se necesita para la prosperidad de las acciones intentadas.

Como síntesis de su estudio dice la sentencia:

"No se puede negar que a pesar de la inconsistencia y vaguedad de las pruebas allegadas, en su conjunto presentan indicios de alguna importancia, capaces de sembrar cierta duda en el ánimo del que juzga; empero, para respaldar la verdad de hechos tan complejos como los que aquí se averiguan, en meras conjeturas aisladas, resulta enteramente ineficaz el valor probatorio de todo ello".

Por lo demás el recurrente acepta que en materia de pruebas sólo existe en este caso la indicial, como lo dice en los siguientes párrafos de su demanda:

"Si el fallador hubiese tenido cuidado de estudiar técnicamente la prueba de indicios, no considerándolos aisladamente, sino en conjunto y relación con todo el haz probataorio, y con los hechos básicos del libelo, habría encontrado en esta confesión no una manifestación innocua, sino un hecho de gran mérito para la valorización de la prueba indicial".

"Los indicios que se originan de estas pruebas, estudiados en conjunto, bastan y son suficientes para establecer la verdadera causa de los contratos otorgados en las escrituras 13 y 14. El no haberlas apreciado y estimado, en relación con las demás pruebas del proceso, hizo incurrir al Tribunal en error de hecho y de derecho, y en infracción de las disposiciones legales citadas en el curso de este cargo".

Las demás pruebas traídas al proceso, de que insistentemente habla el recurrente, consisten en

algunas declaraciones de testigos, acerca de las cuales dice el Tribunal:

"Si se exceptúa la declaración de Misael Carrillo, las demás no arrojan siquiera un indicio sobre el hecho o hechos que tratan de demostrarse. Sólo la declaración citada afirma, de manera clara, tener conocimiento personal y directo de la simulación, pero sin explicar la razón de su dicho, factor que la hace sospechosa e inacogible por ilógica e infundada".

"El testimonio del señor Notario Público de Calarcá, don Pedro Fayad, resulta acorde con las manifestaciones de los demandados y con lo que rezan las escrituras números 13 y 14, sin que su dicho agregue nada nuevo a los autos, digno de citarse como prueba en contra de los demandados".

Como se ve, se trata en este caso de prueba puramente indicial, y en relación con ella ha dicho esta Sala:

"Teniendo en cuenta la jurisprudencia uniforme y reiterada de la Corte, conforme a la cual no puede ésta variar la apreciación o valoración legal que de la prueba de indicios haya hecho el Tribunal, sino en el caso de que exista en autos, plenamente demostrada, la evidencia contraria de los hechos, porque no sería jurídico enfrentar una apreciación fundada en el criterio y en la conciencia de un juzgador, a otra basada en las mismas fuentes, no es posible admitir los cargos hechos por el recurrente contra la sentencia del Tribunal....". (Sentencia de fecha 13 de septiembre de 1944, no publicada aún).

De acuerdo con esta jurisprudencia, que la Sala no puede menos de reiterar una vez más, es preciso declarar que la Corte no debe variar la apreciación que el Tribunal sentenciador hizo de la prueba de indicios que figura en autos, y, por lo mismo, se concluye que no son fundados, y no prosperan, los cargos formulados por el recurrente contra la sentencia que se estudia.

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

SALA DE CASACION PENAL

RECURSO DE HECHO POR NEGATIVA DE CASACION

I.—El término para interponer el recurso de casación se cuenta desde el día siguiente a la notificación de la sentencia, la que debe hacerse personalmente si el procesado estuviere detenido.

II.—La notificación por edicto, cuando el procesado estuviere detenido, no lo priva del derecho a interponer el recurso mientras no se efectúe aquélla personalmente.

III.—Para que el recurso de hecho contra el auto que niega la casación, prospere, es necesario se pruebe que este último fue oportunamente interpuesto.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

Vistos:

Arturo Marín Cifuentes, actualmente recluído en la Penitenciaría Central en cumplimiento de la sentencia del veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, del Tribunal Superior de Cali, por la cual fue condenado a la pena de veinte años de presidio por el delito de homicidio en el menor Hernán Mosquera o Jorge Hernán Lasso Mosquera y lesiones personales en Ernestina González, interpuso de hecho ante la Sala de Casación Penal de la Corte porque—afirma—no se le notificó personalmente la sentencia de segundo grado, omisión que le impidió ejercitar el derecho a la casación.

El recurrente —como fundamento del recurso— envió copias del auto de proceder, de las sentencias de primero y segundo grado, del auto de ejecutoria de la sentencia del Tribunal, así como de las constancias de las notificaciones, y, además, un certificado del Secretario del Juzgado 2º Superior de Cali según el cual la sentencia de segundo grado no fue notificada personalmente, ni a Marín ni a su defensor doctor César Tulio Delgado, sino por edicto.

El recurso de hecho —se deduce— no ha sido interpuesto conforme a los requisitos del Código de Procedimiento Penal, ni menos está fundado, como a continuación se explica:

Este recurso —según el artículo 562 del mismo Código— sólo es viable cuando el Tribunal niega el de casación; y entre los documentos enviados a la Corte no están los referentes a la interposición de la casación ante el Tribunal ni a la negación de este recurso.

Evidentemente —y en ello tiene razón Marín— la sentencia debía habérsele notificado personalmente y mediante comisión conferida al Tribunal o Juez Superior o del Circuito Penal de esta ciudad, por cuanto se hallaba entonces detenido en la Penitenciaría Central, forma que claramente prescriben los artículos 168 y 173 del mencionado Código, y cuya omisión, como lo afirma el recurrente, no le permitió, en el tiempo legal, recurrir ante la Corte.

No obstante la Sala no tiene hoy facultad para decidir la solicitud de Marín por cuanto —como se dijo— no hay constancia de que hubiera interpuesto, oportuna o inoportunamente, el recurso de casación ante el Tribunal, y de que se le hubiera negado; y sólo en el caso de que se allegaran tales pruebas, la Corte podría entrar a decidir el recurso de hecho.

Por lo tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SE INHIBE por ahora de conocer de la solicitud de Arturo Marín mientras no se alleguen las pruebas a que se ha hecho mención en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese personalmente al peticionario y transcríbase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Jorge Gutiérrez Gómez — Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello R., Secretario.

ERROR RELATIVO A LA EPOCA DEL DELITO Y SU PRUEBA

I.—El error en la denominación jurídica del delito, como el error relativo a la época en que se cometió, requieren la comprobación lógica y razonada de su existencia, para que funden la causal de nulidad.

II.—Estos errores pueden llegar a vulnerar el principio de estabilidad de las formas procesales, principio que protege y sanciona los derechos de las partes en el proceso penal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, noviembre diez de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

Lorenzo o Juan Lorenzo Molina Vélez recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por la cual fue condenado a la pena de quince años de presidio, con aplicación del numeral 2º del artículo 363 del Código Penal, por el delito de homicidio en **Jaime Agudelo**, cometido el día primero de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el corregimiento de Otramina, Municipio de Titiribí, Departamento de Antioquia.

El doctor Bernardo Parra Valdés, defensor de Molina, impugna la sentencia, como violatoria de la Ley procedimental, por cuanto —según sus afirmaciones— fue pronunciada en un juicio viciado de nulidad (numeral 4º artículo 567 del C. de P. P.).

Sometida que fué la demanda a las normas del estatuto procesal penal, y obtenido también el concepto del Procurador Delegado en lo Penal —quien se opone a que se invalide la sentencia— procede la Corte a decidir el recurso:

a) La demanda

Afirma el demandante que se incurrió en error relativo a la época en que se cometió la infracción, lo que es causal de nulidad de los procesos penales al tenor del artículo 198 (numeral 8 del C. de P. P.) y de casación —en consecuencia— al tenor del artículo 567 (numeral 4) del mismo estatuto.

El error consiste —según la demanda— en que en el auto de proceder del Tribunal, que tiene —equivocadamente— fecha del veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta, dice lo siguiente, en su parte resolutiva: "El día primero de marzo del año en curso, en el paraje "Carboneral", corregimiento de Otramina, Municipio de Titiribí, tuvo lugar la grave ocurrencia de que dan cuenta los autos". De modo que —parece concluír el recurrente— si la fecha del auto es de veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta, y en ese auto se dice que los hechos se realizaron el primero de marzo de ese año —el del auto— se incurrió en error sobre la época de la consumación.

"Ha de tenerse certeza —dice el recurrente— sobre la época, que para el caso se resuelve en la fecha, en que se cometió el delito como fundamental elemento del presupuesto procesal, por cuanto incertidumbre sobre ella generalizaría equivocaciones tales sobre la identidad misma del agente de un delito que, o colocaría a la sociedad en situación de privilegio con respecto a uno de sus miembros, o a éste, en el acontecer de los reclamos recíprocos al mantenimiento del orden jurídico".

b) Decisión del recurso

El error que el defensor de Molina atribuye a los falladores no es —jurídicamente— el que el artículo 198 (numeral 8º) sanciona con una declaración de nulidad, y que —en caso de existencia legal— podría vulnerar el principio de estabilidad de las formas procesales, que protege y sanciona los derechos de las partes en el proceso penal.

La nulidad prevista en la norma referida sanciona la pretermisión del artículo 431, especialmente en cuanto al delito, una denominación jurídica errada o sitúa su ejecución en lugar y época que no corresponden a la realidad, circunstancias éstas de obligada investigación y preci-

sión en atención al mandato del artículo 294 (numeral 4º) del estatuto procesal penal, y comprendidas —además— en la narración de los hechos que integra la parte motiva del auto que califica el sumario; presupone la ley que —omitidas aquellas formalidades— se violaría el derecho del procesado a que se le formulen, con claridad y precisión, los cargos de que deba defenderse en las etapas posteriores del juicio.

Pero tanto el error en la denominación jurídica del delito, como el error relativo a la época en que se cometió la infracción, requieren la comprobación lógica y razonada de su existencia, para que puedan fundar la nulidad, lo que no sucede en el presente caso, como en seguida se explica.

El error consiste —como ya se refirió— en haber omitido, en la fecha del auto de proceder del Tribunal, la frase "y uno" en la determinación del año: de modo que dicho auto aparece expedido el veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta, es decir, antes de la fecha de la infracción, en vez del veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta **y uno** (subraya la Corte la frase omitida).

El recurrente —sin considerar esta omisión en su realidad material— deduce que como en el mismo auto se afirma, el delito cometido **el primero de marzo del presente año,** en referencia —claro es— del año de mil novecientos cuarenta y uno, año éste en que se cometió el delito, se inició la investigación y se completó, y se calificó el sumario, y no al de mil novecientos cuarenta, el Tribunal incurrió en la causal de nulidad del artículo 198 (numeral 8º); es decir, del error en la fecha del auto, dedujo el error en cuanto al tiempo del delito, sin que entre uno y otro pueda jamás establecerse relación lógica alguna.

—La Corte —en apoyo de su tesis— observa lo siguiente:

a) El veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, el Juzgado 2º Superior de Medellín dictó su auto de proceder, que fue notificado al procesado el veinticuatro del mismo mes y el quince de julio al defensor;

b) El veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, rindió el Fiscal su concepto sobre la apelación contra aquel auto;

c) El dieciseis de septiembre del mismo año fue registrado el proyecto del auto de proceder de segundo grado;

d) El veinticinco de octubre se expidió este auto, pero con la omisión —en el año— a que se ha hecho referencia;

e) El veintiocho de octubre del mismo año de mil novecientos cuarenta y uno, se notificó al procesado Molina, y el treinta de los mismos mes y año, por estado, a las partes; y

f) El seis de noviembre del mismo año de mil novecientos cuarenta y uno, le fue notificado al defensor —hoy apoderado del recurrente— el auto del Juez 2º Superior sobre obedecimiento y cumplimiento del auto del Tribunal.

La fecha cierta del auto de proceder del Tribunal Superior, —se presume **juris et de jure**— dictado el veinticinco de octubre, entre el dieciseis de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno en que fue registrado el proyecto, y el veintiocho y el treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y uno en que fue notificado —respectivamente— al procesado y a las partes, y el seis de noviembre en que fue notificado al defensor el auto del juez de cumplimiento del auto de proceder del Tribunal, no puede ser —de fecha cierta— sino la del veinticinco de octubre de mil novecientos cuarenta y uno; de modo que al decir el Tribunal —en su mencionado auto— "el día primero del año en curso tuvo lugar la grave ocurrencia de que dan cuenta los autos", se refirió al año de mil novecientos cuarenta y uno y no al de mil novecientos cuarenta.

d) El fallo

Se concluye de las anteriores consideraciones;

a) Que no se incurrió, en este proceso, en error en cuanto a la época en que se cometió la infracción;

b) Que la sentencia no se dictó en juicio viciado de nulidad y, por lo tanto, no hubo violación de la Ley procedimental; y

c) Que la Corte no encuentra justificada la causal contra la sentencia del Tribunal de Medellín.

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, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal

Superior de Medellín, del diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, por la cual condenó a Juan Lorenzo o Lorenzo Molina a la pena principal de quince años de presidio por el delito de homicidio an la persona de Jaime Agudelo, cometido el primero de marzo de mil novecientos cuarenta y uno en el Corregimiento de Otramina, Municipio de Titiribí, Departamento de Antioquia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Jorge Gutiérrez Gómez — Ricardo Jordán Jiménez—José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello R., Srio. en ppdad.

NORMA DE APRECIACION DE LOS INDICIOS

Los indicios no necesarios pueden constituir plena prueba de la responsabilidad cuando, analizados en su conjunto, pluralidad, precisión, gravedad y conexión, inequívocamente señalan al procesado como autor de la infracción.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Diciembre dos de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Samuel Triana recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del treinta de mayo del presente año, por la cual fue condenado —con aplicación de los artículos 34 y 404 del Código Penal— a la pena de seis años de presidio, por el delito de robo cometido en asocio de terceros en bienes de María Leocadia Reyes, a la media noche del treinta de enero de mil novecientos cuarenta y tres, en casa de la perjudicada, y en el sitio de "Guarigua", Municipio de San Gil.

Invocó Triana las causales 2ª y 5ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que fundó, en resumen, así:

a) La **segunda,** porque fue condenado a base de testimonios sospechosos "a los cuales —dice textualmente— se les dió un valor probatorio excesivo", y

b) La **quinta,** porque —también expresa en la misma forma— "ni podía decir cuáles hechos consideraba probados, a excepción de los que se refieran a la materialidad del delito".

El recurrente —como se deduce del contexto de la demanda—presenta como fundamentos de la causal quinta los mismos de la segunda, lo que lleva a la Corte a circunscribir su estudio a esta última, esto es, la de la apreciación jurídica de la prueba, que es el punto que plantea Triana con alguna extensión.

El estudio que la Corte se propone —en relación con la causal segunda— exige se haga un previo resumen de los hechos así como de las pruebas que los acreditaron.

a) Los hechos

Cuatro hombres, con la cara pintada de negro, invadieron —a la media noche del treinta de mayo del año pasado— el rancho que en "Guarigua", a siete kilómetros de San Gil aproximadamente, habitaban María Leocadia Reyes de Contreras, sus niños María Cristina, Luis Alberto y María Smith, y Blas Antonio Sánchez, fingiendo aquellos hombres ser autoridades que buscaban posada; abierta con violencia la puerta del rancho, sacaron —casi arrastrándola— a María Leocadia al patio, la sujetaron, le vapularon con un látigo pequeño de ramales de cuero y le arrancaron el cintillo de oro que llevaba al cuello; mientras esto sucedía en el patio, uno o dos de los agresores penetraron al rancho, rompieron un baúl del cual extrajeron setenta pesos en dinero, unos zarcillos de oro avaluados en cuarenta pesos, y otros en forma de rositas, de valor de quince pesos. Después, con un lazo, ataron a María Leocadia y Blas por la cintura y los sujetaron —colgándolos— a la viga del techo, y salieron no sin antes asegurar la puerta por fuera, para que no pudieran salir. María Leocadia, María Cristina y Blas conocieron, por la conversación tenida entre los agresores, que uno de estos era Samuel Triana, cuya familia vive en la misma vereda, y, por consiguiente, conocido de todos los habitantes de "Guariguá".

En el proceso se acreditaron, mediante testimonios de personas capaces los siguientes hechos:

a) Que Samuel Triana, en la mañana del treinta de enero, estuvo en la cantina que María Ignacia Rueda de González tiene en el Barrio de San Gil llamado "Puerto de Atochuelo", de donde parte el camino hacia "Guarigua", y que Rita Jiménez y María Teresa y Maruja González lo vieron sacar de una mochila dos frascos con polvos de carbón y envolverlos en papel;

b) Que en las primeras horas de la noche del mismo treinta de mayo, volvió allí Triana, acom-

pañado de Carlos Cifuentes y otras dos personas y que Rita Jiménez, Maruja González y Darío Ardila —que entró a la misma hora— le vieron un fuete pequeño de ramales, con el que —según Blas Antonio Sánchez— fue agredida María Leocadia horas más tarde en el patio de su casa;

c) Que Triana le dijo a Darío Ardila, a aquella misma hora y en la misma tienda, que se iría esa misma noche para su casa en "Guarigua";

d) Que al día siguiente del delito volvió Triana a casa de María Ignacia de González y le vieron ya uno de los frascos de carbón desocupado y el otro vacío en su mitad;

e) Que tres días después del delito, en las horas de la tarde, en la misma casa, cuando Triana jugaba con la niña Delia González, se le cayeron al suelo unos zarcillos, que María Teresa vió, y al ser preguntado si eran de su señora, evadió la respuesta;

f) Que en las últimas horas de la madrugada del 31 de enero estuvo en casa de Roque Gutiérrez, también situada en el barrio "Puerta de Mochuelo", según los testigos, que citó para probar la coartada, sin que hubiera logrado precisar que a la media noche —hora del delito— estuviera en casa de Gutiérrez;

g) El vestido que dice Roque Gutiérrez llevaba Triana cuando fue, en la madrugada, a su casa, es análogo al que le vieron Blas Antonio Sánchez y María Cristina Contreras cuando cometió el delito en la casa de María Leocadia Reyes;

h) Que Samuel Triana había robado, años antes a Pedro Ayala, joyas y dinero, delito cometido en la misma fracción de "Guarigua" y con las mismas modalidades del cometido en perjuicio de María Leocadia Reyes, y que está fichado en San Gil como vago.

El Tribunal enunció y declaró probados —contrariamente a lo que supone el recurrente— los hechos aquí enunciados, sin que la apreciación que de ellos hizo pudiera tacharse de errada, como se explica en seguida.

b) Decisión del recurso

El recurrente —para fundar la segunda causal— ataca los testimonios recibidos en la investigación, especialmente los de María Cristina Contreras, hija de la perjudicada, y los de María Teresa, Maruja y Delia González.

María Cristina Contreras —dice más o menos— no pudo haberlo conocido la noche del delito, y lo confirmó fue porque lo oyó de boca de su madre María Leocadia; y lo que declararon las González, especialmente María Teresa en cuanto los zarcillos se explica no porque los hubiera visto, sino porque María Leocadia, que estuvo en casa de ellas después del delito, les narró lo que afirmó en su denuncio, y sobre esta referencia las hijas de María Ignacia de González construyeron sus testimonios.

La objeción principal, pues, se concreta a que aquellos testigos afirmaron lo que María Leocadia —que estuvo en casa de las González— les comunicó, objeción que apenas si es una conjetura sin respaldo en el proceso; aún más, podría prescindirse del testimonio de María Teresa González en cuanto vio cuando a Triana, en su casa, se le cayeron los zarcillos del bolsillo, tres días después del delito, porque hay otros testigos, hábiles e idóneos, según los cuales Triana —horas antes de los hechos—llevaba el fuete de ramales y el vestido y sombrero que, según María, Leocadia, María Carlina y Blas Antonio Sánchez, le vieron cuando —acompañado de tres desconocidos— entró al rancho de los esposos Contreras y se apoderó, mediante violencia a las personas y a las cosas, de su dinero y de sus joyas; la Corte observa —además— que las contradicciones en que Triana incurrió en su indagatoria y los testimonios pedidos a los Gutiérrez para comprobar que en la hora del delito se hallaba en casa de ellos —y que no dieron el resultado previsto— restan toda verosimilitud a las objeciones del recurrente.

No afirma la Corte que cada uno de los hechos declarados por los testigos constituyen, aisladamente considerados, indicios necesarios de la plena prueba de la responsabilidad de Triana; pero analizados en su conjunto, pluralidad, precisión, gravedad y conexión, inequívocamente lo señalan como autor de la infracción, criterio éste que, de seguro, guió al Tribunal para dictar su fallo condenatorio.

La hipótesis de la irresponsabilidad —en virtud de la errada apreciación de los hechos— es aquí tan irreal, que el mismo defensor de Triana, en la audiencia, se limitó a sugerir la duda de su existencia y a pedir benignidad en la aplicación de la pena; y la objección, consistente en que fue la perjudicada María Leocadia Reyes, quien sugirió a las González sus testimonios, ape-

nas si es una conjetura sin base alguna en el proceso.

No está —en consecuencia— fundada la causal de casación invocada.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley y de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil por la cual condenó a Samuel Triana a la pena de seis años de presidio por el delito de robo en bienes de María Leocadia Reyes, cometido en asocio de terceros, a la media noche del treinta de enero del año pasado, en la fracción de "Guarigua", Municipio de San Gil, Departamento de Santander.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Jorge Gutiérrez Gómez — Ricardo Jordán J. — José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello R., Secretario.

LA PERICIA MEDICO-LEGAL COMO FUNDAMENTO DE LA REVISION

Para que la pericia médico-legal sobre perturbación funcional transitoria de órgano o miembro, pueda fundar la revisión, se requiere que su falsedad sea probada si se trata de la causal tercera, y que esa pericia haya determinado el fallo condenatorio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Francisco Bruno)

Lázaro López Mejía interpuso el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia —ya ejecutoriada— del Tribunal Superior de Manizales, del veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual fue condenado —con aplicación de los artículos 374 y 384 del estatuto penal— a la pena de un año de presidio, por el delito de lesiones personales que causaron perturbación funcional del brazo izquierdo, en la persona de Francisco Antonio Osorio, cometido el doce de mayo del año de mil novecientos cuarenta y dos en la ciudad de Aguadas, Departamento de Caldas.

El recurrente invocó las causales tercera y quinta del artículo 571 del C. de P. P., causales que consisten —respectivamente—:

a) En la falsedad de algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo, y

b) En hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo de los debates —aparecidos después de la condena— que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyan siquiera indicios graves de tales inocencia o irresponsabilidad.

Sometido el recurso a las normas de los artículos 573 y 574 del mencionado Código, allegado el dictamen que el recurrente solicitó en el término de prueba, y obtenido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, la Corte procede a dictar el fallo que le corresponde, prèvio estudio de las causales invocadas.

I.—Causal Tercera

El recurrente no demostró que alguna de las pruebas que determinaron el fallo del Tribunal de Manizales sea falsa; aún más, no objetó ninguno de los testimonios, peritazgos, documentos y otras pruebas, ni los tachó de falsedad, que es en lo que —precisamente— consiste la causal tercera de revisión.

La objección de López Mejía se dirigió a criticar la sentencia porque —según él— el Tribunal no podía aplicarle el artículo 374 ya que antes de ella había desaparecido la perturbación funcional transitoria sufrida por el lesionado Osorio; lo que quiere decir, no que el dictamen médico legal sea falso —que si lo fuera y se hubiera probado la revisión sería viable— sino que el Tribunal ha debido apreciarlo en forma distinta, que le hubiera merecido una pena menor que la impuesta.

El recurrente —se colige— incurrió en error, al querer fundar la causal tercera de revisión en las razones propias de la segunda de casación, esto es, en la apreciación del dictamen médico-legal, que consideró errada.

II.—Causal quinta

Para que esta causal prospere —según el numeral 5º del artículo 571— es indispensable que el recurrente pruebe la existencia de un hecho nuevo o presente pruebas aparecidas después de la sentencia condenatoria no conocidas al tiempo de los debates, y de las cuales pueda deducirse la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o un indicio grave de la una o de la otra.

La prueba que presentó el recurrente —un nuevo dictamen médico legal según el cual la perturbación funcional sufrida por Osorio tuvo una duración de sesenta días— no es la prueba no conocida al tiempo del debate, ni menos el hecho nuevo que demuestre la inocencia o irresponsabilidad, pues aunque aquel dictamen fue rendido por expertos distintos a los que intervinieron en el proceso, sólo presenta, como aspecto nuevo, la precisión del tiempo que duró la perturbación funcional.

El recurrente, como se ha visto, y como lo sugiere en su demanda, no intentó demostrar en forma alguna concreta su inocencia o irresponsabilidad, sino— lo que no es aquí pertinente— su derecho a una reducción de pena, tema propio de la casación o de la instancia, mas no de este recurso extraordinario que, por el objetivo que persigue, está revestido de muy especiales exigencias que López Mejía no satisfizo en forma alguna.

En consecuencia de las anteriores consideraciones, 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, NIEGA la revisión interpuesta por Lázaro López Mejía contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que lo condenó a la pena de un año de presidio por las lesiones personales causadas en Francisco Antonio Osorio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo — Carlos Arturo Díaz, Conjuez — **Julio E. Argüello,** Secretario.

CONFESION DEL PROCESADO

La confesión de un procesado es indivisible, de suerte que es necesario admitirla respecto de los descargos, cuando es prueba única de la responsabilidad; pero si a más de la confesión obran otras pruebas acerca de aquella, la declaración del procesado no es indivisible.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, veinticuatro de enero de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr José Antonio Montalvo)

Vistos:

El Juez 2º del Circuito Penal de Popayán impuso a Angel Muñoz Realpe la pena principal de dos años y seis meses de prisión y a Fernando Chicangana un mes de arresto, por lesiones personales que recíprocamente se causaron.

Apelada la sentencia por el defensor de Muñoz, el Tribunal Superior respectivo hubo de bajar a diez y ocho meses la pena de presidio fijada a dicho procesado, elevó en cambio a doscientos pesos la pena de multa, y confirmó en lo demás la sentencia de primera instancia.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el defensor de Muñoz y ante la Corte ha invocado las causales 1ª, 2ª y 5ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador de la Nación, Delegado en lo Penal, observa en su réplica al recurrente que éste no hace un análisis pormenorizado y jurídico de la sentencia del Tribunal; y que sobre las causales 2ª y 5ª "se limita a hacer meras afirmaciones que no dan materia para un estudio de fondo ante la Corte". De donde concluye el Procurador que tales deficiencias "casi darían margen para hacer la solicitud de que la casación esta desierta".

Los dos argumentos que esgrime el recurrente son:

1º—Como no hubo testigos del suceso fuera de los dos protagonistas, la confesión de su responsabilidad hecha por Muñoz es una confesión indivisible; y como él dice que al herir a Francisco Chicangana obró en legítima defensa, al condenarlo se le dan a las pruebas y a los hechos un valor que no tienen; y

2º—La disposición aplicable en el caso de Muñoz Realpe podría ser la del inciso 1 del artículo 373 del Código Penal y no la que tuvo en cuenta el sentenciador, o sea, el inciso 2º del artículo 374 ibidem, pues la perturbación funcional de dos dedos de la mano derecha, que le resultó a Chicangana, contendor del recurrente, no es perturbación de "órgano" o "miembro".

Para resolver considera la Corte:

Causal 2ª—La confesión de un procesado es indivisible, de suerte que es necesario admitirla respecto de los descargos, cuando es prueba única de la responsabilidad; pero si a más de la confesión obran otras pruebas acerca de aquélla, la declaración del procesado no es indivisible.

En el caso de que se trata, como lo dice el Tribunal sentenciador, "además de que los procesados se inculpan mutuamente y de que sólo ellos intervinieron en la riña en que se causaron las lesiones, Muñoz Realpe confiesa haber usado del machete"; de manera que aún sin la confesión de éste el hecho se habría sabido por el testimonio de su contendor. Y por otra parte la explicación que da Muñoz no es precisamente la de legítima defensa que propone su abogado, sino más bien la de que el hecho fue por su parte meramente culposo.

Y esta última versión del hecho tampoco es aceptable si se tiene en cuenta que en el encuentro de Muñoz y Chicangana aquél esgrimía un machete y éste se le enfrentaba tan sólo con un garrote.

No resulta, pues, fundado el reparo de indebida apreciación de los hechos y de las pruebas.

Causal 1ª—La Ley Penal no fue erróneamente aplicada en este caso como el recurrente pretende. Muñoz Realpe le causó a Francisco Chicangana tres heridas cortantes: una en la región frontal, otra en el tendón de Aquiles, y otra en la región dorsal de la mano derecha. La primera de estas lesiones apenas le habría ocasionado in-

capacidad de cuatro días para el trabajo; pero la del pié, que le impedía los movimientos correspondientes a la marcha y la de la mano, hicieron que los facultativos le asignaran una incapasidad de cincuenta días para el trabajo.

Y por fin, la última de las lesiones mencionadas produjo una perturbación funcional permanente de la mano derecha. Las alegaciones relativas a que Chicangana quedó con una deformidad no destruyen el hecho de que lo afecte también de modo permanente la perturbación funcional; y así, la concurrencia de incapacidad para el trabajo, deformidad y perturbación funcional, indicaban al Juzgador de instancia la imposición de la pena más grave entre las correspondientes a esas varias consecuencias de las lesiones (artículo 377 del Código Penal), que en el presente caso es la asignada para el evento de perturbación funcional permanente.

Ahora: el argumento de que dejar inservibles a un trabajador manual dos dedos de la mano derecha no es perturbación funcional del respectivo miembro del cuerpo, es un argumento que se desvanece con sólo enunciarlo. El recurrente ha querido probablemente sostener que hay diferencia entre perder un miembro del cuerpo y quedar con una de las partes o porciones del mismo inútil; pero es incontrovertible que una lesión que deja inútiles dos dedos de la mano derecha causa una perturbación funcional permanente del respectivo miembro superior.

De manera que tampoco resulta fundada en el presente caso la causal 1ª de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Popayán fechada el primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres, en la cual se condena a Angel Muñoz Realpe a sufrir la pena principal de diez y ocho meses de presidio como responsable del delito de lesiones personales causadas a Fernando Chicangana.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Jorge Gutiérrez Gómez — Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello R., Secretario.

ACLARACION DE LA SENTENCIA DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 1944

Cada vez que la causal de casación justificada fuere la 1ª, 2ª o 3ª, la Corte debe invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, como lo ordena el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal. Luégo esta entidad procede entonces como Tribunal de instancia.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, enero veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez).

Vistos:

El doctor Eduardo Piñeros y Piñeros apoderado de Ciro Alvarez en el recurso de casación que aquí se ventiló y decidió en relación con la sentencia de diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, del Tribunal Superior de Pamplona, ha pedido que se aclare la de la Sala, de veinticuatro de noviembre último, por medio de la cual se invalidó parcialmente la del Tribunal nombrado, en el sentido de que se exprese que es condicional la condena impuesta a Ciro Alvarez.

Esta petición la hace en escrito de quince de diciembre, presentado — según informe de la Secretaría— dentro del término de la ejecutoria de la sentencia.

Se funda el peticionario en estas dos consideraciones principales:

1ª En que el delito atribuído a Alvarez no es grave ni en sus modalidades intrínsecas, ni en las circunstancias que lo rodearon, habiendo sido constantemente buena la conducta anterior del mismo; y

2º que en la demanda de casación él aludió de modo manifiesto al hecho de habérsele negado a su patrocinado la suspensión de la ejecución de la sentencia, precisamente al referirse a la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que fue la reconocida como probada en el fallo de casación.

Se considera:

a) Cada vez que la causal de casación justificada fuere la 1ª, 2ª o 3ª, la Corte debe invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, como lo ordena el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal. Luego esta entidad procede entonces como Tribunal de instancia;

b) La condena condicional fue pedida para el procesado ante el Tribunal Superior de Pamplona, y éste la rechazó, dando la siguiente única razón:

"La condena condicional no tiene cabida cuando la pena es de presidio, ni tampoco cuando la prisión excede de dos años".

c) El recurrente se refirió expresamente a esta negativa, impugnando la sentencia por violación de la Ley Penal, como puede verse en el alegato de casación (folios 32 y 33, Cuaderno de la Corte).

Hay, por lo tanto, base aceptable para decidir el punto propuesto.

Ahora: como en realidad sobre Ciro Alvarez no ha recaído ninguna condenación anterior por delitos; como su conducta ha sido no sólo siempre buena sino ejemplar, según lo acreditan numerosos testimonios; como las modalidades del hecho delictuoso no son graves; como los motivos que lo determinaron a la comisión del delito no pueden calificarse de innobles, egoístas o fútiles, ni de nada parecido, puesto que delinquió en un momento de excitación alcohólica, hay que admitir que él no constituye un peligro para la sociedad y que es de esperarse que no volverá a delinquir.

Y como estas son las condiciones que exige el artículo 80 del Código Penal para suspender la ejecución de la sentencia, además de permitirlo la pena impuesta (siete meses de prisión), cree la Sala un deber suyo aclarar su sentencia en el sentido solicitado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, ACLARA que es condicional la condena relativa a Ciro Alvarez, impuesta en fallo de

esta Sala el veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Ante el Juez del conocimiento (Primero Penal del Circuito de Ocaña) constituirá —en el término de quince días— caución de buena conducta el procesado Ciro Alvarez, consistente en abstenerse de concurrir a expendios de bebidas alcohólicas.

Señálase en cien pesos ($ 100.00) el monto de la caución y se fija en un año el término de prueba.

Envíese copia de esta providencia al señor Director General de Prisiones.

Cópiese, notifíquese y devuélvase, como ya estaba ordenado.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Carlos Arturo Díaz, Conjuez — **Ricardo Jordán Jiménez—José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello R.,** Secretario.

LA VIOLACION DE LA LEY PENAL NO ESTA ERIGIDA EN CAUSAL DE REVISION

La revisión, como se deduce del estudio de las causales que la fundan, mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente, y la casación, a errores de derecho; el hecho, pues, de que se haya sancionado la evasión de un detenido por infracciones de la Ley 48 de 1936, es cuestión que atañe a la casación y no a la revisión.

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

(Magistrado Ponente: doctor Francisco Bruno).

Vistos:

Luis José Roa Solano, natural de Zapatoca. interpuso recurso extraordinario de revisión contra las sentencias ejecutoriadas del Juzgado Penal del Circuito de Zapatoca, del veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno y del Tribunal Superior de San Gil, del veinticuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y tres, por las cuales, fue condenado —con aplicación del artículo 203 del Código Penal— a la pena de veinte meses de arresto por el delito de fuga de la Cárcel del Circuito mencionado, cometido a las once de la mañana del día veintiseis de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

Cumplidas las normas de los artículos 573 y 574 del Código de Procedimiento que regulan el recurso, y obtenido el concepto del Procurador Delegado en lo Penal —adverso a la demanda— la Corte procede a dictar el fallo respectivo.

Roa Solano fundó su solicitud en el numeral 3º del artículo 571 del mencionado Código, según el cual en materia penal hay lugar a recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas "cuando alguno esté cumpliendo condena **y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo"** (Subraya la Corte).

Como pruebas presentó —entre otros documentos— los siguientes:

a) Las sentencias de primero y segundo grado por el delito de fuga, materia del recurso;

b) Las sentencias, de primero y segundo grado del Alcalde de Zapatoca y del Gobernador de Santander, por las cuales fue condenado por violación de la Ley 48 de 1936 —a tres años de Colonia Penal, y

c) Copia del auto de detención provisional, dictado en el juicio Policial el veinticuatro de octubre de mil novecientos treinta y nueve, con la constancia de la notificación hecha el veinticinco de los mismos mes y año, esto es, el día anterior al de la fuga.

El recurrente —según la causal indicada— no demostró que los testimonios y demás pruebas en que el Juzgado y el Tribunal fundaron la condena son falsos; afirma, en cambio, que violaron la Ley Penal porque la fuga es delito únicamente cuando se trata de detenidos a quienes se les ha imputado la comisión de un delito, y no de detenidos en virtud de la Ley 48 de 1936, la cual se refiere a estados antisociales o contravenciones, y no a delitos.

El recurrente persigue —como se deduce de la hipótesis planteada— la invalidación de la sentencia por violación de la Ley Penal; confunde, pues, la causal tercera de revisión con la segunda de casación, evadiendo así la demostración de la falsedad a que —al invocar la causal 3ª del artículo 571— estaba obligado.

La revisión —como se deduce del estudio de las causales que la fundan— mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente, y la casación a errores de derecho; y, Roa Solano —aunque quiso aparecer aconsejado o estimulado por el guardián carcelario— confesó su infracción ante el funcionario instructor, hecho que desnaturaliza el fin que lo indujo a buscar la invalidación de la sentencia por la vía inadecuada de la revisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nom-

bre de la República y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto dèl Procurador Delegado en lo Penal, **niega la revisión** de las sentencias del Juez de Circuito Penal de Zapatoca y del Tribunal Superior de San Gil, por las cuales Luis José Roa Solano fue condenado a la pena de veinte meses de arresto por el delito de fuga de la Cárcel de aquel Circuito, cometido el veintiseis de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

Cópiese, notifíquese y remítase al Juzgado Penal de Zapatoca por conducto del Tribunal Superior de San Gil.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Jorge Gutiérrez Gómez — Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello, Secretario.

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

Ha dicho la Corte en varias sentencias que la causal 2ª de casación, artículo 567 del actual Código de Procedimiento Penal, no es viable en procesos por jurado.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El Juez 2º Superior de Pamplona impuso a Anatolio Cañizares la pena principal de diez y nueve años y medio de presidio como responsable de la muerte de Roque Sánchez; y el respectivo Tribunal Superior confirmó tal condenación y sólo reformó la sentencia de primera instancia en lo relativo a las penas accesorias.

Contra el fallo del Tribunal recurrió en casación el procesado; y su apoderado ante la Corte invoca las causales 2ª y 4ª del artículo 567, Código de Procedimiento Penal.

Observa el Procurador de la Nación que por tratarse de proceso iniciado antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho el recurso debe regirse por las disposiciones de la Ley 118 de 1931 y agrega:

"Con todo, como las dos causales invocadas se refieren a la nulidad en el procedimiento, la una, y en el fondo a la injusticia del veredicto, la otra, se estudiarán como si el autor de la demanda hubiera fundamentado su escrito en la legislación anterior".

Causal 4ª—El punto de si este recurso debe estudiarse y decidirse a la faz de las leyes vigentes cuando se inició el proceso o según las que hoy rigen no ofrece dificultad en lo relativo a la causal de nulidad del procedimiento ya que tanto la legislación antigua como la nueva enuncian dicha causal en términos casi iguales.

Acerca de este motivo de casación dice el señor Procurador Delegado en lo Penal lo siguiente:

"En síntesis, la nulidad se hace consistir en que se calificó como asesinato lo que no es más que un simple homicidio, lo cual implicaría un error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

"Como se ve clarísimamente, el reparo es impertinente. El llamamiento a juicio fue hecho por el delito genérico de homicidio, según reza la parte resolutiva, y se puntualizaron, en la parte motiva, las circunstancias de asesinato por existir ellas en realidad y por ser esa una obligación del juzgador. El asesinato es una especie del género homicidio; luego no existe ningún error al respecto".

La Corte estima innecesario extenderse sobre el particular pues lo dicho por la Procuraduría es suficiente para concluír que el recurso no puede prosperar con base en la causal de nulidad del procedimiento.

Causal 2ª—Dice el señor Procurador Delegado que por amplitud de criterio debe entenderse alegado como fundamento de esta causal la notoria injusticia del veredicto, alegación que el mismo funcionario impugna mostrando cómo el proceso sí da base suficiente para la sentencia condenatoria.

Observa la Corte que para desechar este motivo de casación bastaría tener en cuenta que el punto de injusticia del veredicto no fue "previamente debatido en las instancias", requisito que exigía la antigua ley de casación para que pudiera ser alegado como causal de este recurso extraordinario.

Y por otra parte, el recurrente alega de manera inequívoca no esa causal 5ª de la legislación anterior sino la causal 2ª del nuevo Código, o sea, errónea apreciación e interpretación de hechos y pruebas.

La Sala que está profiriendo este fallo (con salvamento de voto del Magistrado ponente en el asunto de que ahora se trata), ha dicho en varias sentencias que la causal 2ª de casación, artículo 567 del actual Código de Procedimiento Penal, no es viable en procesos por Jurado. De manera que con apoyo en esta causal tampoco puede prosperar el presente recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del

señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona de fecha veintidós de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en la cual se condena a Anatolio Cañizares a sufrir la pena principal de diez y nueve años y medio de presidio como responsable de la muerte de Roque Sánchez.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno—Campo Elías Aguirre—Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo—Hernando Carrizosa Pardo, Conjuez—**Julio E. Argüello R.,** Srio. en ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REQUISITOS ESENCIALES DE LA LEGITIMA DEFENSA — DIFERENCIA ENTRE ESTA Y LA PROVOCACION—CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

1. — Sobre la legítima defensa acogió la Corte el siguiente concepto del señor Procurador: "Uno de los requisitos esenciales de la legítima defensa es el de que haya una VIOLENCIA ACTUAL, esto es, inminente, hasta el punto de no dar tiempo a recurrir a la protección de las autoridades. Realizada la agresión injusta, ya el mal está hecho y no hay de qué defenderse. Sólo queda al ofendido recurrir a la justicia para que imponga la respectiva sanción y ordene las indemnizaciones pecuniarias a que haya lugar. Y si el ofendido reacciona después contra el injusto agresor, su acción reviste entonces un carácter antijurídico y delictuoso, porque es el brote de la venganza, forma aguda del odio. De ahí que la legítima defensa implique una situación de angustia, de necesidad y urgencia en el empleo de la fuerza individual, en vista de las apremiantes circunstancias de amenaza en que se encuentra el acometido injustamente. Este requisito es fundamental tanto en la defensa de la vida o de la integridad personal como respecto de los demás atributos o derechos subjetivos de la personalidad humana: la agresión injusta no hay que dejarla realizar, porque de lo contrario el agredido sólo obra por causa de una provocación, en un estado de ira o intenso dolor. De aquí nace cabalmente la diferencia entre la legítima defensa y la provocación. En la primera, el acto defensivo se actualiza cuando aún no se ha consumado el mal que pretende el agresor, y todo el interés y la conciencia del atacado se concentran en un móvil eminentemente social y humano, como es el de la conservación y el de la defensa de su derecho en trance de ser lesionado; en tanto que en la provocación se reacciona ante un mal ya consumado, sea de palabra o de hecho, y el espíritu que anima al que procede en esas condiciones es el de la venganza, es el del resentimiento, es el del orgullo ofendido.

2. — En anteriores ocasiones ha dicho la Corte que para poder computar la primera circunstancia agravante, conforme al Código Penal de 1890, (artículo 1117), es necesaria la demostración de que el hecho delictuoso ha producido una alarma, un escándalo o un desorden de especial magnitud, esto es, diversos de los que lógica y naturalmente produce toda infracción penal. Observación similar puede hacerse con respecto a la segunda agravante fijada en ese artículo, por cuanto todo delito exige la represión consiguiente y si en alguna época se presentare una agudización en determinada actividad delictiva, que hiciere preciso un movimiento de mayor actividad por parte del Estado, para que mediante severidad especial se intimide a los peligrosos, es obvio que esa circunstancia debe encontrarse probada en el expediente, es decir, es indispensable que las estadísticas muestren que determinado delito está ocurriendo con mucha frecuencia y que es necesario penar más rigurosamente a fin de que haya el escarmiento de que hablaba el Código anterior.

3.—Ha dicho la Corte que "cuando en el recurso de casación encuentra, de acuerdo con la alegación del recurrente, que el Tribunal apreció indebidamente como agravantes del delito circunstancias que no lo son y se halla por tanto en el caso de desconocerlas, nada impide entonces que tenga en cuenta otras circunstancias que son en verdad agravantes y que se hallan demostradas en el proceso, aunque la sentencia recurrida no las haya apreciado. Injusto sería hacer caso omiso de ellas cuando se desconocen otras que contribuyen a hacer la acertada aplicación de la Ley Penal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, febrero veintitres de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gutiérrez Gómez)

Vistos:

El Juzgado Segundo Superior de Medellín dictó auto de proceder contra Santiago Ochoa por el homicidio perpetrado en la persona de Francisco Sánchez, advirtiéndose en la parte motiva de esa providencia que el hecho criminoso se realizó en una riña provocada por Ochoa.

Fue también llamado a juicio, por el mismo delito, José González, quien suministró espontáneamente y a sabiendas de la utilización que habría de dársele, el arma con que Ochoa ultimó a su víctima.

El llamamiento a juicio fue notificado a Ochoa, quien hizo la manifestación de que apelaba; a González y al defensor de éste, habiéndose omitido esa formalidad en cuanto al defensor del autor material del homicidio.

Antes de que surtiera la apelación interpuesta por Ochoa, este procesado desistió del recurso y, tanto él como su compañero González, renunciaron a usar del término probatorio por no tener probanzas que producir.

Realizadas las audiencias públicas, al Jurado le fueron propuestas las siguientes cuestiones:

"El acusado Santiago Ochoa, es responsable de haber herido, voluntariamente, con arma cortante y punzante (cuchillo), a Francisco Sánchez o Sánchez Perdomo, a consecuencia de lo cual murió éste algunos instantes después, hechos que tuvieron su cumplimiento en esta ciudad, entre las nueve y media y once de la mañana del tres de noviembre de mil novecientos treinta y cinco?"

"El acusado José González, es responsable de haber suministrado, espontánea y voluntariamente, a Santiago Ochoa, el arma que sirvió a éste para darle muerte a Francisco Sánchez, suministro que González hizo a sabiendas de que esa arma serviría para llevar a término la consumación del homicidio, hechos que se cumplieron en la fecha, en la hora y en lugar a que se hizo referencia en la cuestión anterior?"

Las respuestas correspondientes fueron: "Sí, por mayoría", y "Sí, a sabiendas de que con el arma trataría de herir o matar".

Al día siguiente de proferido este veredicto, el defensor de Santiago Ochoa alegó la nulidad del proceso porque a su antecesor, en el cargo de representar al procesado no se le había notificado el auto de proceder, recurso defensivo que le prosperó pues el Juzgado declaró nula toda actuación, en lo referente al reo Ochoa, a partir del auto inmediatamente posterior al de proceder.

Reunido un nuevo Jurado se le propuso una cuestión igual a la que había conocido el primer cuerpo de jueces de conciencia en relación con el procesado Ochoa.

La respuesta mayoritaria fue simplemente afirmativa.

El Juzgado con aplicación del Código Penal anterior, que era más favorable a los reos, los condenó así: a Ochoa a la pena principal de nueve años de presidio; y a González a la de cuatro años.

Por sentencia de 29 de marzo de 1943 del Tribunal Superior de Medellín, se confirmó el fallo de primera instancia, y contra esa providencia interpuso el condenado Ochoa recurso de casación, que fue sometido a los trámites legales y que se procede a resolver ahora.

En la demanda de casación se entremezclan los preceptos de la legislación anterior con los de la reforma penal y se alegan argumentos que se excluyen entre sí, lo que permitió afirmar al señor Procurador que ese libelo "involucra constantemente distintas figuras jurídicas en sus afirmaciones, como son la legítima defensa, la riña y el homicidio involuntario".

El mismo funcionario, "procediendo con un espíritu de muchísima amplitud" arregla la demanda, presentándola con mayor orden y procurando encajar los argumentos en ella esparcidos dentro de las causales de casación fijadas en la ley 118 de 1931, que es la pertinente.

La Sala seguirá, por lo tanto, el orden empleado por el señor Agente del Ministerio Público en el estudio de los presuntos motivos de casación.

Tercera causal

"Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

El libelo sugiere la tesis de que Ochoa atacó con el cuchillo a su víctima en "legítima defensa del honor ultrajado", causal de justificación que tendría su apoyo en el hecho de que Sánchez Perdomo cuando se hallaba jugando a los dados con Ochoa, le dijo a éste que no se dejaba robar, frase que era un punto de partida suficiente para ejercitar una legítima defensa arrebatándole la vida a quien la pronunció.

Conviene ante todo hacer una síntesis de los hechos: Sánchez y Ochoa, junto con otras personas, jugaba a los dados en una cantina situada en una de las calles de Medellín. Surgió entre los nombrados una disputa que dió lugar a una lucha a pescozones en la cual el último recibió un golpe que le hizo sangrar la cara. Ochoa entonces desafió a Sánchez invitándolo a reiniciar la pelea, pero armados, reto que no fue aceptado por Sánchez puesto que emprendió el camino hacia su casa, perseguido por el desafiador, a quien un tercero —González— le proporcionó un cuchillo. Cuando Sánchez huía inerme, tratando

de esquivar los ataques que con el puñal le dirigía Ochoa, recibió a su turno de manos de un desconocido una arma blanca. Ya armados ambos contendores, Sánchez recibió la herida que le causó la muerte de manos del procesado.

Esta breve relación que tiene apoyo en los testimonios recibidos en el sumario, muestra por sí sola cómo es de descarriada la tesis de la legítima defensa, toda vez que el provocador fue Ochoa, como se dijo en el auto de proceder, y que hubo una verdadera riña entre el procesado y su víctima, reyerta en la cual quien tuvo una actitud defensiva fue Sánchez.

Y en cuanto a la defensa, no ya de la vida, sino del honor de Ochoa, basta para rebatir el argumento de la demanda la transcripción de los siguientes párrafos, del concepto del señor Procurador.

"Uno de los requisitos esenciales de la legítima defensa es el de que haya una **violencia actual,** esto es, inminente hasta el punto de no dar tiempo a recurrir a la protección de las autoridades. Realizada la agresión injusta, ya el mal está hecho y no hay de qué defenderse. Sólo queda al ofendido recurrir a la justicia para que imponga la respectiva sanción y ordene las indemnizaciones pecuniarias a que haya lugar. Y si el ofendido reacciona después contra el injusto agresor, su acción reviste entonces un carácter antijurídico y delictuoso, porque es el brote de la venganza, forma aguda del odio. De ahí que la legítima defensa implique una situación de angustia, de necesidad y urgencia en el empleo de la fuerza individual, en vista de las apremiantes circunstancias de amenaza en que se encuentra el acometido injustamente.

"Este requisito es fundamental tanto en la defensa de la vida o de la integridad personal como respecto de los demás atributos o derechos subjetivos de la personalidad humana: la agresión injusta no hay que dejarla realizar, porque de lo contrario, el agredido sólo obra por causa de una provocación, en un estado de ira o intenso dolor. De aquí nace cabalmente la diferencia entre la legítima defensa y la provocación. En la primera, el acto defensivo se actualiza cuando aún no se ha consumado el mal que pretende el agresor, y todo el interés y la conciencia del atacado se concentra en un móvil eminentemente social y humano, como es el de la conservación y el de la defensa de su derecho en trance de ser lesionado; en tanto que en la provocación, se reacciona ante un mal ya consumado, sea de palabra o de hecho, y el espíritu que anima al que procede en esas condiciones, es el de la venganza, es el del resentimiento, es el del orgullo ofendido.

"Pues bien: en el presente caso, de acuerdo con el testimonio de Juan Valencia, Ochoa procedió contra Sánchez después de haber recibido las ofensas, no antes y ni siquiera en forma coexistente para impedir que el posible ataque al honor se realizara. La reacción inmediata que esas expresiones injuriosas produjeron en Ochoa, fue la de retar a riña a Sánchez, la de desafiarlo para que se fuera a armar, a fin de que cruzaran varonilmente sus aceros. Esa ruptura en el tiempo y en los propósitos de Ochoa, destruye completamente el concepto de **necesidad** que ante todo representa la defensa legítima: ya todo estaba consumado. y Ochoa sólo perseguía vengarse de Sánchez en una forma que revistiese todo el fragor de una verdadera batalla, cuerpo a cuerpo, para demostrar así su calidad de hombre valiente, de que gozaba entre sus conocidos".

Carece, por lo tanto, de fundamento la causal que se estudia.

Causal primera

"Ser la sentencia violatoria de la Ley Penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

Dice el señor abogado del reo lo siguiente:

"Acuso el fallo recurrido como esencialmente violatorio de la Ley Penal por errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 600 en relación con el 117 del Código Penal, ya que el graduar el fallador la delincuencia de mi poderdante en un término medio computó el mínimum de la pena de seis años en nueve haciendo concurrir en la actuación de Ochoa los agravantes contemplados en el numeral 1º, 2º y 11 del citado artículo 117. Como consecuencia de haberse aplicado esos textos legales en la forma dicha se violó también por falta de aplicación debida el artículo 591, ordinal 1º del mismo Código, rechazando la legítima defensa invocada por el defensor de Ochoa, apareciendo así la causal primera de casación contemplada por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Pero en defecto de dicha causal aparece en forma más indiscutible y evidente la causal segunda contemplada en

dicho artículo, ya que el fallador atribuyó a las pruebas un valor legal que no tienen y negando a los hechos no sólo la legítima defensa del honor ultrajado en la persona de mi poderdante cuando Sánchez Perdomo le infirió la ofensa de considerarle y de hacerle aparecer ante los circunstantes como un ladrón sin motivo y sin explicación alguna en el propio momento en que Ochoa se acercaba, como podía hacerlo cualquiera, a presenciar el juego que se estaba desarrollando con el concurso de Sánchez y otros. Pero hay más que causa sorpresa en la calificación de este proceso y es el hecho de que el fallador hubiera calificado a mi poderdante como provocador de la riña, sin prueba alguna que así lo fundamente y sin tener en cuenta que precisamente la provocación inicial que originó todos los acontecimientos fue la infame expresión del occiso que sin antecedente alguno, sin motivo conocido, sin explicación en el acto ofende públicamente a Ochoa tratándolo con expresiones que en su esencia implican el cargo de ladrón sin serlo, ofensa al honor que cualquiera hombre rechaza por todo medio y que si no alcanzare a apuntar la excepción perentora de legítima defensa, al menos funda con todos los requisitos que puedan exigirse el hecho de una provocación a riña y de ahí la injusticia y lo grave de un fallo que en tales condiciones cataloga a Ochoa como provocador y no como provocado injustamente en la riña de que fue víctima el provocador Sánchez Perdomo. De manera que si lo primero y único que generó aquella riña fue la actitud ofensiva o cargo infamante de Sánchez contra Ochoa como aparece claramente demostrado en el proceso, es verdaderamente irritante leer un fallo en que al procesado se le atribuye y califica el acto de la provocación sin ser autor de ella, para agravar su pena en cantidad y en calidad, cuando en realidad fue Sánchez el provocador indiscutible y por culpa y causa de él sobrevino el deplorable resultado de su muerte. De manera que el apreciar el Tribunal este hecho sufrió grave error contra lo que aparece probado y aunque hubiera duda, que no la hay ella favorece legalmente al reo y habría de concluírse entonces, también por esta última razón que no fue Ochoa el provocador de la riña y que se trata de un homicidio involuntario contemplado en el artículo 589 del Código Penal, dentro del cual debió situarse el Tribunal para tasar la cuantía y calidad de la pena y como no lo hizo, aparece la causal segunda de casación a que me he referido, pues realmente Ochoa no tuvo intención de dar muerte a Sánchez y sólo se vió obligado a ello en fuerza de las circunstancias creadas por éste quien fuera de agredirle en su honor estaba armado de instrumento con el cual quiso herir a Ochoa dándole primero el golpe que no produjo efecto por mala calidad del arma y no porque el señor Sánchez no intentara herir a su contendor Ochoa".

Como se ve, se hallan involucrados distintos motivos de casación, comenzando por la invocación de la legítima defensa para terminar con el rechazo de la calificación de provocador de la riña con que señaló a Ochoa el Tribunal, error que no le permitió a esa Corporación apreciar el hecho como "un homicidio involuntario". "pues realmente Ochoa no tuvo intención de dar muerte a Sánchez".

El tema de la legítima defensa ya fue analizado al estudiar la causal tercera del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, según la metodización indicada por el señor Procurador, y por ello no es pertinente repetir aquí lo que atrás se dejó expuesto acerca de ese argumento.

La circunstancia modificadora de la responsabilidad referente a la riña, fue materia del auto de proceder, como ya se dijo, y fue motivo de estudio por parte del Jurado.

Pues bien: el Tribunal de conciencia no aceptó la tesis de la legítima defensa, ni tampoco que hubiera existido una riña en que hubiera sido el provocador Sánchez, ni mucho menos que Ochoa hubiera procedido al inferirle la puñalada a su contendor sin intención de matar. Simplemente afirmó la responsabilidad del homicida, luego el fallador tenía que respetar ese veredicto que no ha sido tachado de injusto y, que aunque lo hubiera sido, no habría fundamento para declararlo como tal.

En cuanto a la errada aplicación de la Ley Penal por parte del Tribunal al calificar en grado medio el homicidio, dando por probadas algunas circunstancias de agravación que no tienen asidero pleno en el proceso, conviene tener en cuenta las observaciones que al respecto formula el señor Procurador, quien acepta que las agravantes relativas a la alarma y escándalo producidos por el delito y a la mayor necesidad que tiene la sociedad de escarmiento por la notoria frecuencia de esta clase de delitos, fueron mal contabilizadas.

En efecto: el artículo 117 del Código Penal de

1890 señalaba como circunstancias agravantes las siguientes:

"1ª El mayor perjuicio, alarma, riesgo, desorden, o escándalo que cause el delito;

2ª La mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos....";

La Corte en anteriores ocasiones ha dicho que para poder computar la primera circunstancia agravante es necesaria la demostración de que el hecho delictuoso ha producido una alarma, un escándalo o un desorden de especial magnitud, esto es, diversos de los que lógica y naturalmente produce toda infracción penal. Observación similar puede hacerse con respecto a la segunda agravante fijada en el artículo 117, por cuanto que todo delito exige la represión consiguiente y si en alguna época se presentare una agudización en determinada actividad delictiva, que hiciere preciso un movimiento de mayor actividad por parte del Estado, para que mediante severidad especial se intimide a los peligrosos, es obvio que esa circunstancia debe encontrarse probada en el expediente, es decir, es indispensable que las estadísticas muestren que determinado delito está ocurriendo con mucha frecuencia y que es necesario penar más rigurosamente a fin de que haga el escarmiento de que hablaba el Código anterior.

Ni el factor de la mayor alarma ni el de la mayor frecuencia en el homicidio, tienen comprobación particular en este proceso, y de ahí que, como se dijo antes, el cómputo de esas dos agravantes estuviera mal hecho por el Tribunal.

Quedaría, por lo tanto, sólo en pié, la agravante relativa a la mala conducta del reo, quien ya había cometido dos delitos de heridas en las personas de Francisco Luis Acevedo y Antonio Ríos. También dió muerte a su amigo Francisco Luis Hincapié y a su amante Leticia Vélez quien pereció víctima de veintiocho puñaladas, hechos que dieron lugar a un proceso penal que terminó con fallo absolutorio porque el Jurado afirmó que Ochoa no era responsable "a causa de enajenación mental producida por su estado de embriaguez".

Hay constancia en el proceso de la afición de Ochoa al licor embriagante que por cierto le produce efectos dañosos que lo tornan agresivo y altamente peligroso.

Precisamente el encuentro con Sánchez Perdomo tuvo lugar cuando Ochoa era presa del alcohol que había ingerido abundantemente desde la víspera. Se trata, por po tanto, de una embriaguez voluntaria que estaba señalada por el mismo artículo 117 —numeral 9º— como circunstancia agravante.

Con esto se quiere significar que el homicidio de que fue víctima Sánchez Perdomo estuvo bien calificado como de simplemente voluntario, según la legislación anterior, y que su colocación en el grado medio fue acertada porque había pluralidad de circunstancias agravantes, —la mala conducta anterior y la embriaguez voluntaria—.

Se desechan, por lo expuesto, las agravantes primera y segunda del artículo 117 y se deja en pié la undécima, que sumada a la novena, llevaría a calificar el delito en el mismo grado en que lo hizo el Tribunal.

Tal decisión está acorde con jurisprudencia de esta Sala que dice: "Cuando la Corte en el recurso de casación encuentra, de acuerdo con la alegación del recurrente, que el Tribunal apreció indebidamente como agravantes del delito circunstancias que no lo son y se halla por tanto en el caso de desconocerlas, nada impide entonces que tenga en cuenta otras circunstancias que son en verdad agravantes y que se hallan demostradas en el proceso, aunque la sentencia recurrida no las haya apreciado. Injusto sería hacer caso omiso de ellas cuando se desconocen otras que contribuyen a hacer la acertada aplicación de la ley penal".

No tiene fundamento, por lo dicho, la causal primera.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de le Ley y de acuerdo con el señor Procurador, NO INVALIDA la sentencia de fecha veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que condenó a Santiago Ochoa a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias correspondientes como autor de la muerte de Francisco Sánchez Perdomo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Jorge Gutiérrez Gómez — Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello R., Secretario.

LA JERARQUIA MILITAR Y LA COMPETENCIA DE LA CORTE

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

(Magistrado Ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El Juez 1º del Circuito Penal de Manizales envió a la Corte Suprema —en complimiento del auto de veintisiete de noviembre pasado— el sumario relativo a la responsabilidad penal en que incurrió o pudo haber incurrido el Mayor Hernando Rojas Martínez, Comandante del Batallón de Infantería Nº 11 "Ayacucho", acantonado en Manizales, y a quien se imputó el hecho de haber libertado al Subteniente Ernesto Puerto Fernández, procesado por delito contra la libertad y el honor sexuales, y detenido en el Cuartel del mencionado Batallón, en virtud de orden judicial del Juez 1º Superior y también del Decreto Ejecutivo Nº 626 de 1944.

El auto del Juez del Circunto Penal de Manizales dice textualmente:

"Estima este Despacho que por razón del cargo de Comandante del Batallón de Infantería Nº 11 "Ayacucho" que desempeñaba el Mayor Hernando Rojas Martínez cuando los hechos investigados tuvieron su cumplimiento, el conocimiento de este sumario corresponde a la H. Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el numeral 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal".

La Corte considera equivocada la interpretación que el Juez de Circuito Penal ha dado a la norma mencionada, por las razones que a continuación se exponen:

La jerarquía militar —según el artículo 21 de la Ley 26 de 1916, orgánico del Ejército— está constituída así, en orden de graduación ascendente: Soldado, Cabo 2º, Cabo 1º, Sargento 2º, Sargento 1º, Subteniente, Teniente, Capitán, Mayor, Teniente Coronel, Coronel, General de Brigada y General de División, grados estos dos últimos sustituídos por el de Generales únicamente por el Decreto-Ley Nº1139 de 1932.

Los Comandantes o Generales en Jefe de las Fuerzas Militares, a que se refiere el numeral 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, no son, en consecuencia, los Comandantes de Batallón ni menos cuando tienen una graduación miltar menor que la de General, como equivocadamente lo supone el Juez 1º del Circuito Penal de Manizales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que no es competente para conocer del proceso contra el Mayor Hernando Rojas Martínez y ordena devolverlo al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Campo Elías Aguirre—Jorge Gutiérrez Gómez—Ricardo Jordán Jiménez—José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello, Srio. en ppdad.

EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN MATERIA PENAL

No se pueden aplicar, para agravar la responsabilidad, circunstancias de mayor peligrosidad cuando tales circunstancias son también elementos constitutivos del delito y ya se han tenido en cuenta para su calificación específica; lo contrario constituye violación del principio non bis in idem, consagrado en todas las legislaciones.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, marzo seis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

José Antonio Prada, por medio de apoderado, impugnó ante la Corte, en recurso de casación, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, del dieciseis de abril de mil novecientos cuarenta y tres, por la cual fue condenado —con aplicación del artículo 363 del Código Penal— a la pena de diez y ocho (18) años de presidio, por el delito de homicidio, cometido en la noche del veintiseis de julio de mil novecientos cuarenta, en la vereda de "Mompa", Municipio de Onzaga, en la persona de Marco Antonio Suárez, mediante un disparo de escopeta de grueso calibre, cuyo proyectil, al penerar por el esternón y salir por el ángulo infero-externo del omoplato y perforarle los órganos del mediastino, le produjo —por hemorragia aguda— la muerte casi instantánea.

El doctor Jorge Guerrero, apoderado del recurrente, invocó las causales primera y segunda del artículo 567 del Código Penal, es decir, la violación —en la sentencia— de la Ley Penal, por errada interpretación o indebida aplicación de la misma, y la errada apreciación de los hechos por cuanto el Tribunal atribuyó a determinados hechos un valor probatorio que no tienen y no tomó en cuenta pruebas acreditadas en el proceso.

Como la Corte —en reciente sentencia por mayoría de votos— adoptó la doctrina de que la segunda causal de casación no es aplicable a los juicios en que el Jurado ha intervenido, se procede —cumplidas que han sido ya las normas procesales de este recurso— a estudiar únicamente la causal primera alegada por el apoderado del recurrente.

El hecho —según la exposición de la dueña de la casa donde murió Suárez— se cometió en la forma siguiente:

"El viernes veintiseis de los corrientes (julio de 1940 como ya se dijo) era peón mío el finado Marcos Suárez, a sacar fique y por la noche se quedó en mi casa, que está situada en el punto de **Tierrablanca** de la vereda de **Mompa** en este vecindario. Ese mismo día y por la noche, como a eso de las ocho de la noche, poco más o menos, nos encontrábamos todos, mi hija Chiquinquirá Neira, José david Suárez y el finado Marcos Suárez, éste sentado al lado izquierdo de la puerta de entrada a la casa, al pié del fogón, David Suárez al lado derecho de la puerta, como a un metro de éste y yo con mi hija Chiquinquirá al pié del fogón como a un metro del finado. Nos encontrábamos conversando no recuerdo de qué cosa, cuando de repente oímos una detonación muy fuerte como de un tiro y Marcos Suárez dijo: ay! y salió en carrera atravesando el patio de la casa y luégo cogió por una falda abajo; pero no sabíamos si estaría herido o no, pues fue el susto de nosotras, que inmediatamente cerramos la puerta de la casa y a otro rato nos acostamos. Ayer por la mañana cuando nos levantamos le dije al joven David Suárez, que también se había quedado ahí, que se asomara por ahí de para abajo, no fuera que estuviera por ahí herido Marcos Suárez; el joven cogió como por una trochita que dejó y se siguió por una poca sangre que se veía y bien abajo y en la pata de una mata de maíz encontró muerto bocabajo. Luego de ver que Marcos lo había matado, me vine inmediatamente junto con David Suárez a poner la cuenta ante el señor alcalde... Yo no sé qué persona sería quién le haría dicho disparo, pero sí quien lo aborrecía mucho era Antonio Prada, quien le había quitado la mujer al finado Marcos Suárez, desde hacía más de un

año y vivía con ella en una misma casa, al pie de la cuadrilla de Yariguíes en este vecindario, como a una legua de mi casa. El finado Marcos Suárez vivía, o se había ido para el lado de Ocamonte, desde que Prada le había quitado la esposa; y hoy hace quince días que llegó de por allá y me había manifestado que él tenía mucho sentir con el citado Prada, por haberle quitado la esposa y que venía a ver cómo la conseguía para llevársela, o ver en qué paraba dicho asunto.... El finado Marcos Suárez, me contó que él había ido hasta la casa de Antonio Prada, con el fin de ver si se traía a la esposa, pero que no había encontrado ni al uno, ni al otro".

II — Estudio de la causal

Conceptúa el apoderado del recurrente que el Tribunal de San Gil, en su mencionada sentencia, violó el artículo 37 del estatuto penal, porque —en la fijación de la pena— tuvo en cuenta circunstancias de mayor peligrosidad que, de acuerdo con el artículo 636 del mismo estatuto, son precisamente elementos del homicidio agravado que se imputó a Prada.

El Jurado, por mayoría de votos, contestó afirmativamente las siguientes cuestiones que le fueron propuestas: el hecho material, el propósito, la premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, y la ejecución previa acechanza y alevosía, circunstancias estas dos últimas que configuran —de conformidad con los numerales 2º y 5º del artículo 363— el delito por el cual fue condenado.

Pero el Tribunal Superior —en la sentencia recurrida— impuso a Prada la pena de diez y ocho años de presidio, en consideración a circunstancias de mayor peligrosidad que declaró existentes.

"Para la aplicación de la pena —dice el Tribunal— el Juzgado formuló estos argumentos:

"El artículo 363 del C. P. sanciona el homicidio bajo la categoría de asesinato, con la pena de quince a veinticuatro años de presidio, cuando se comete en circunstancias tales de agravación como las que exhibe este proceso. Es decir, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, y mediante asechanza o alevosía.

"La nueva legislación sustantiva indica en su artículo 36 la ruta que debe seguirse para aplicar la sanción al delincuente dentro de los límites señalados por la ley: gravedad y modalidades del hecho delictuoso, motivos determinantes, circunstancias de mayor o menor peligrosidad y personalidad del agente.

"Es claro que aquí debe aumentarse el mínimo de la sanción penal respectiva por militar en contra del acusado las agravantes consistentes en su insensibilidad moral para delinquir, indefensión de la víctima y los motivos ruines que lo impulsaron a delinquir. Pero tal aumento debe ser limitado por las circunstancias de menor peligrosidad, o sean su buena conducta anterior y su falta de ilustración, las cuales pudieron influír decididamente en la ejecución de un delito de tan graves caracteres. El Juzgado estima que un aumento de tres años de presidio sería el indicado, de suerte que la pena corporal que el procesado debe cumplir será la de diez y ocho años de presidio.

"La premeditación acompañada de motivos innobles o bajos —añade el Tribunal en relación con la parte transcrita de la sentencia del Juez— la asechanza y la alevosía son elementos constitutivos de la infracción. De ahí que el homicidio en Marco Antonio Suárez tome la denominación de asesinato, sancionado por el artículo 363 invocado por el Juez.

"Atendidas las amplias facultades de que hoy goza el Juez para aplicar la sanción (artículos 36 y 39) —termina el Tribunal— la Sala opta por aceptar la de diez y ocho años de presidio, que por lo demás guarda apenas relación con la magnitud del atentado".

III — Decisión del recurso

Coincide la Corte con el Tribunal Superior en que —según el artículo 36 del Código Penal— el fallador goza de amplias facultades para aplicar la sanción, en consideración a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, a los motivos determinantes, a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañaron y, finalmente, a la personalidad del agente.

Pero aquellas facultades, por amplias que sean, están subordinadas a condiciones que la misma ley determina, y una de ellas es la referente a las circunstancias de mayor peligrosidad.

El artículo 37 —en verdad— determina cuáles son aquellas circunstancias, pero les quita su carácter de tales cuando —como en el presente caso— están previstas como elementos constitutivos del delito, creando así una excepción de obligada consideración para los falladores.

La ley penal, para satisfacer la necesidad de la clasificación de los elementos del delito, distingue entre sus elementos esenciales del delito y los accidentales, es decir, entre los elementos constitutivos que deben existir, y las circunstancias, que pueden o no existir; un elemento accidental deja de tener existencia jurídica como tal, cuando la ley le da carácter de elemento esencial, como sucede en el homicidio agravado que el primero, por imperio de la ley, se convierte en el segundo, sin que el fallador pueda —con violación del principio **non bis in idem**— aplicado en su doble carácter, ya que lo esencial excluye lo accidental cuando se trata de escoger entre las circunstancias constitutivas o esenciales y las modificadoras y accidentales.

Ni desde el punto de vista de la doctrina, pues, ni desde el punto de vista de la ley, se pueden aplicar simultánea y conjuntamente, los elementos esenciales y accidentales, o sean los elementos constitutivos y las circunstancias de mayor peligrosidad, cuando éstas son elementos constitutivos o esenciales del delito.

Las objeciones que el recurrente hace a la sentencia —en relación con la causal en estudio— se limitan a la deducción de las circunstancias de mayor peligrosidad ya aplicadas como elementos del delito, tales como "los motivos ruines, que lo impulsaron a delinquir", "la indefensión de la víctima" y "la insensibilidad moral para delinquir", y que —según el recurrente— corresponden a los elementos previstos en los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal.

Coincide la Sala —tanto con el señor Procurador como con el recurrente— en que el Tribunal Superior violó la ley penal al aceptar circunstancias de peligrosidad —como las dos primeras mencionadas— ya incluídas para configurar la especie del delito; no así, en cuanto a la aplicación de la pena, ya que aquí intervienen forzosamente —como lo expresó el Tribunal— no sólo las circunstancias de mayor peligrosidad sino, además, la gravedad y modalidades del delito, sus motivos determinantes y la personalidad del infractor, realidades éstas que, en el caso de Prada, no pueden desecharse; por otra parte, si en verdad el tiempo, el lugar y el modo de ejecución del delito, pueden demostrar aquí la insensibilidad moral del delincuente, es preciso considerar que un homicidio —como el de Prada— cometido premeditadamente mediante motivo tan innoble, como el de deshacerse del esposo que reclama a su legítima esposa seducida y arrebatada por el homicida, y con la asechanza y alevosía con que lo ejecutó, y en esa hora, sitio y tiempo tan extraños, no puede ser sancionado con el mínimo de la pena.

No prospera, en consecuencia, la causal primera alegada.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, y visto el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del dieciseis de abril de mil novecientos cuarenta y tres, por la cual condenó a José Antonio Prada a la pena de diez y ocho años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Marco Antonio Suárez.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Campo Elías Aguirre—Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Conjuez—**Ricardo Jordán Jiménez—José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello R.,** Srio. en ppdad.

HOMICIDIO—ASESINATO

1.—La causal de injusticia alegable previamente en las instancias fue suprimida por el Código de Procedimiento Penal.

2.—La Sala ha decidido por mayoría, que la causal segunda no tiene aplicación en los procesos ventilados con intervención del tribunal de conciencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal — Bogotá, marzo siete de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gutiérrez Gómez)

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil, en fallo de veinte de junio del año próximo pasado, confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito, por medio de la cual se condenó a Adán Tolosa a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio de que fue víctima Elena Meneses.

El condenado interpuso recurso de casación, alegando la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias què hayan influído en la determinación de la sanción".

Adán Tolosa fue enjuiciado por el delito de homicidio (asesinato), habiendo establecido el Juzgado que en la comisión del hecho el autor había procedido con sevicia.

El Tribunal confirmó el auto de proceder y, al Jurado se sometió el siguiente cuestionario:

"**Primera cuestión:** ¿El acúsado Adán Tolosa es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente a Elena Meneses por medio de cinco heridas inferidas todas con instrumento cortante y punzante en varias partes del cuerpo, una de las cuales interesó la quinta y sexta costillas izquierdas, las pleuras, el pulmón de ese lado, el diafragma, el peritoneo y el estómago, determinando la defunción, suceso consumado en las últimas horas de la tarde del día siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, en la casa de Celina Murillo en la población de Guapotá?"

"**Segunda cuestión:** ¿El acusado Adán Tolosa cometió el hecho a que hace referencia la anterior pregunta, con sevicia?"

Las respuestas, por mayoría, fueron "Sí" y "No".

Con base en este veredicto y con aplicación del artículo 362 del Código Penal, el Juzgado, teniendo en cuenta la carencia de circunstancias de mayor peligrosidad y la concurrencia, en cambio, de las de menor peligrosidad relativas a la pobreza, a la falta de ilustración y a la buena conducta anterior, aplicó en su mínimo el artículo mentado.

Cree el recurrente, que el Tribunal incurrió en error por no haber apreciado la existencia del estado de ira o intenso dolor en que se hallaba el responsable del homicidio cuando consumó el delito.

Como ya se dijo, la clasificación del auto de proceder fue la de un homicidio simplemente voluntario o intencional, situación jurídica que no tuvo variante alguna en la respuesta del jurado y entonces, es preciso concluir, que el fallador de derecho no podía desconocer las apreciaciones ya establecidas en los dos actos aludidos.

Además, el reparo de Tolosa implica en el fondo un ataque contra la sentencia del Tribunal por ser injusto el veredicto. Pero sucede que la causal de injusticia alegable previamente en las instancias, fue suprimida por el Código de Procedimiento Penal.

De otro lado, conviene repetir, que la Sala ha decidido —por mayoría— que la causal segunda

no tiene aplicación en los procesos ventilados con intervención del tribunal de conciencia.

Por último, la invocación del artículo 28 del Código Penal es francamente impertinente, pues el motivo que impulsó a Tolosa, según su propia confesión, al homicidio, fue el rechazo que Elena Meneses hizo a sus requerimientos amorosos, repulsa que no podría considerarse como "grave e injusta provocación".

El señor Agente del Ministerio Público conceptúa que no debe invalidarse el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil de fecha veinte de junio del año próximo pasado, que condenó a Adán Tolosa a la pena principal de ocho años de presidio, y a las accesorias correspondientes, como responsable del homicidio perpetrado en la persona de Elena Meneses.

Cópiese notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — Jorge Gutiérrez Gómez — Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello, Secretario.

NOTIFICACION DEL AUTO DE PROCEDER

Es indudable que el no haberse notificado en debida forma el auto de proceder causa nulidad porque así lo dispone de modo terminante el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal (numeral 3º); y ello tiene un fundamento muy razonable cual es el de que tal pieza del proceso formula lo que pudiera llamarse el pliego de cargos en contra del procesado, de manera que si de alguna providencia debe dársele cabal conocimiento dejando de ello testimonio fidedigno en el expediente, es de dicho auto.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, diecisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Vistos:

El doctor José S. Tafur Garcés, defensor de Lubín Marín, ha recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que impuso al procesado la pena principal de quince años de presidio como responsable de haber dado muerte a su legítima mujer, Eusebia Ocampo de Marín.

Tres causales invoca el abogado recurrente, a saber: nulidad del juicio, veredicto contradictorio e indebida apreciación de los hechos y de las pruebas.

La Corte estudiará por separado, y en orden inverso, cada una de las tres causales, previa transcripción de un pasaje del enjuiciamiento en que el Juez relata el hecho incriminado. Tal pasaje dice así:

"Lubín Marín vivía con su mujer; tuvo necesidad de retirarse de la región de "La Elvira" y la dejó en casa de Aureliano Ocampo M. en donde permaneció como dos meses; luégo regresó en su búsqueda el día anterior en que aquélla por él fue lesionada; la halla en casa de los padres de la misma a donde había ido acompañada de la menor Ana Milena; de allí ésta, Eusebia, trata de volver a casa de Aureliano Ocampo; su esposo se opone; ella ya no le quiere y le rechaza. El insiste. Se suscita un disgusto. Se dice que Lubín la amenaza con darle la muerte si no le obedece. Se llama a la policía y al día siguiente se acude a la Inspección de Policía Departamental de Olaya Herrera y se cauciona a Lubín. Regresan de la Inspección y Eusebia y Ana Milena se dirigen a casa de Aureliano. Lubín les sigue. Viajan en autobús. En el kilómetro 18 bajan del vehículo. Lubín penetra a la tienda de Humberto Fernández y le ofrece, según manifiesta éste, compra por el cuchillo de que habla la occisa. Vende allí un corte de tela que traía para su esposa. Torna a seguirla y le hiere como ya se ha indicado cuando según el relato que Ana Milena hace le decía Eusebia "no me matés que yo me voy con vos".

Adviértese que fueron cinco las heridas causadas por Marín a su esposa; y que el Tribunal, cuando conoció de la apelación interpuesta el auto de proceder, luégo de hacer presente que por tratarse de un uxoricidio, este delito tiene que reputarse como asesinato según la ley, agrega lo siguiente:

"Y no hay necesidad, para concluír que el delito por Lubín Marín (sic) merece la denominación de asesinato de acudir al vínculo existente entre victimario y víctima. El homicidio cometido por Marín se consumó en condiciones de indefensión de Eusebia de Marín y alevosamente, y aún con sevicia; y Marín había exteriorizado sus deseos de darle muerte a Eusebia Ocampo, su mujer, es decir, había premeditado su delito...."

En la última etapa del juicio, es decir en la sentencia, dijo el Juez, acerca del móvil del delito, lo siguiente: "....todo indica que Lubín Marín lesionó a su esposa por un sentimiento de amor contrariado que prendió en su espíritu cuando se dio cuenta de que su mujer ya no lo quería ni quería vivir con él".

Causal 2ª de casación. Errónea o indebida interpretación y apreciación de los hechos y de las pruebas.

El señor defensor recurrente ha realizado un

laudable esfuerzo de análisis acerca del testimonio de Ana Milena Ocampo, niña de siete años y único testigo presencial de la sangrienta tragedia. Y también ha hecho hincapié en el valor que debe atribuírse a la confesión cualificada de Lubín Marín y a la declaración que Eusebia, agonizante ya, alcanzó a rendir.

Tratándose, como en el presente caso ocurre, de un juicio que se surtió por la vía de jurados, la crítica de las pruebas relativas a la responsabilidad del procesado, no podría hacerse sino con mira a una declaración de notoria injusticia del veredicto que en las nuevas leyes penales dejó de ser causal de casación y que, por consiguiente, sólo es debatible en las instancias.

De otra parte, esta Sala (por cierto que con salvamento de voto del Magistrado que es ponente en la presente sentencia) ha sentado la tesis de que la causal 2ª de casación no es, en general, viable o invocable contra sentencias pronunciadas en juicios por Jurado.

De manera que por esta causal no es posible que el presente recurso prospere.

Causal 7ª: Veredicto evidentemente contradictorio.

Sobre este particular el alegato de casación apenas dice: "como fácilmente puede apreciarse, el veredicto dictado por el Jurado es evidentemente contradictorio". No dice por qué es contradictorio el veredicto, ni podría explicarlo, puesto que no hay ni el más leve asomo de que lo sea. El Procurador de la Nación, al referirse a este cargo contra la sentencia, lo interpreta así:

"Probablemente el libelo quiere sugerir la idea de que las respuestas de los jurados son contradictorias con las pruebas del proceso, pero no dice que las contestaciones de los jueces de hecho sean contradictorias entre sí".

Y a la verdad, no se sabe en qué pueda estribar la supuesta contradicción, siendo así que el Jurado contestó afirmativamente las cuestiones de ejecución material del hecho, propósito de matar, calidad de cónyuge de la víctima, alevosía, sevicia y premeditación; y negativamente las relativas a legítima defensa del honor y al estado de ira o intenso dolor causado por grave o injusta provocación. Lejos de haber oposición y, menos, contradicción de las respuestas afirmativas con las negativas, hay entre ellas completa armonía. Y examinadas una a una las cuestiones, tampoco es dable pensar en veredicto contradictorio, porque las respuestas son monosilábicas, de manera que no puede hallarse una contradicción de términos: el término empleado en cada veredicto es uno solo, lo que hace imposible la contradicción.

Y si al hablar el recurrente de veredicto contradictorio quiso más bien decir veredicto notoriamente injusto, este punto ya quedó examinado a propósito de la causal 2ª.

Así, tampoco puede prosperar el recurso por la causal 7ª.

Causal 4ª: Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Cuatro puntos o hechos señala el recurrente como generadores de nulidad, a saber:

"a) El auto de proceder de la primera instancia, que forma los folios 115 y 117, ambos inclusive del cuaderno principal, no fue notificado al defensor del señor Lubín Marín, por la sencilla razón de que al folio 118 del mismo cuaderno, se notificó al doctor Jorge Campillo Molina, no el auto dictado contra Lubín Marín, sino el auto dictado contra el señor Eulalio Huila.

"b) Al folio 139 del cuaderno principal, aparece una razón sobre traslado a los peritos doctor Gustavo Maya y doctor Luis Castellanos Arboleda, pero tal razón no aparece firmada, ni por los peritos, ni por el señor Secretario del Juzgado que los designó como tales.

"c) Al folio 196 del mismo cuaderno principal, resulta una nota sobre traslado al señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Cali, que aparece únicamente firmada por el Secretario del mismo Juzgado.

"d) El resultado de las cuestiones sometidas a la consideración de los miembros del Jurado, y que forman los folios 256 a 264, cuaderno primero, aparecen únicamente firmados por el señor Juez del Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Cali, y carecen de la firma de su Secretario".

Sobre estos cargos contra la sentencia observa la Corte:

Respecto de los apartes b), e) y d) baste observar que ninguna de las tres informalidades allí señaladas la considera la ley entre los motivos de nulidad que taxativamente enumeran los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal.

El cargo que sí merece analizarse es el del aparte a), o sea, el de no haberse notificado en debida forma el auto de proceder.

Es indudable que el no haberse notificado en debida forma el auto de proceder causa nulidad porque así lo dispone de modo terminante el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal (numeral 3º); y ello tiene un fundamento muy razonable cual es el de que tal pieza del proceso formula lo que pudiera llamarse el pliego de cargos en contra del procesado, de manera que si de alguna providencia debe dársele cabal conocimiento dejando de ello testimonio fidedigno en el expediente, es de dicho auto; y así, el motivo de derecho para invocar la causal de casación relativa a nulidad del procedimiento está bien planteado por este aspecto en la demanda del doctor Tafur Garcés.

Pero hay otra faz de la cuestión y es la de si en realidad no fue notificado en debida forma el auto de proceder.

El simple enunciado de que al defensor de Lubín Marín se le notificó no el auto de enjuiciamiento proferido contra éste sino el de Eulalio Huila, lleva, a primera vista a concluir que el procedimiento quedó afectado de nulidad.

Sin embargo, tal enunciado no es exacto como pasa a verse.

1º La diligencia de notificación que está en tela de juicio dice lo siguiente: "Hoy veinte de mayo de mil novecientos cuarenta notifico personalmente el auto de proceder que antecede, fechado el nueve del mes en curso, al doctor Jorge Campillo Molina, defensor del procesado Eulalio Huila, e impuesto firma".

Y siguen las firmas del defensor notificado y del secretario. Esta diligencia aparece escrita al pie del acta de posesión del doctor Campillo Molina como defensor de Lubín Marín, acta en la cual se dice de manera inequívoca que dicho abogado jura desempeñar los deberes del cargo de defensor de Lubín Marín. De manera que en la notificación, firmada simultáneamente con la diligencia de posesión, se incurrió en demasía al agregarle una expresión impertinente al asunto: la frase final de dicha notificación sobra, pues notificado el defensor del auto de proceder expresando, como en tal diligencia se expresa, que es el que antecede, "fechado el nueve del mes en curso" (mes en que se estaba haciendo la notificación), quedó inequívocamente señalada la providencia de que se hacía sabedor al defensor.

2º El auto de enjuiciamiento así notificado había sido apelado por el procesado y la apelación se surtió, de manera que por este aspecto no podría pensarse en que pudo seguirse algún perjuicio al interesado; y la providencia del Tribunal Superior de Cali, que confirmó el auto de proceder del Juez, también fue notificado **personalmente** a Lubín Marín y a su defensor, que hasta entonces era el mismo doctor Campillo Molina; y así, este auto del Tribunal que vino a ser en definitiva el de proceder, tuvo notificación personal sin que la correspondiente diligencia contenga frase o palabras sobrantes como ocurrió con la otra.

3º El artículo 198, Código de Procedimiento Penal, dice: "Son causas de nulidad en los procesos penales: ...3º No haberse notificado en debida forma el auto de proceder; pero esta causal de nulidad desaparece si habiendo comparecido el reo en juicio, no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal". Y es el caso que en el proceso de que se trata, el reo continuó compareciendo en el juicio y por cierto que asistido luego de nuevo defensor designado también por él. Y ni el procesado, ni el primer defensor, ni el segundo reclamaron dentro de los treinta días que la ley fija, contra la que hoy alegan como nulidad. Y después de ese término tampoco hicieron jamás reclamo o alusión acerca de ese punto.

Estas razones explican de manera superabundante por qué tampoco puede prosperar el presente recurso de casación por la causal 4ª (nulidad del procedimiento).

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Cali de fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, en la cual se condena a Lubín Marín a sufrir la pena principal de quince años de presidio como responsable de la muerte de su legítima esposa Eusebia Ocampo de Marín.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre—José Antonio Montalvo—Luis Caro Escallón, Conjuez. **César Botero Medina,** Conjuez—**Julio E. Argüello R.,** Srio. en ppdad.

HOMICIDIO — CAUSAL 2ª DE CASACION

La ley procesal vigente no incluyó dentro de las causales de casación la injusticia del veredicto, causal que sí existía en el Código anterior. De otro lado, esta Corporación ha decidido, por mayoría de votos, que la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal no tiene aplicación en los juicios sometidos a decisión del Jurado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gutiérrez Gómez)

Vistos:

Vicente A. Montoya fue llamado por el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Manizales a responder en juicio criminal como autor de la muerte de José Joaquín Cárdenas, decisión que fue confirmada por el Superior.

Adelantada la causa, el Juzgado, en auto de fecha diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, formuló al Jurado el siguiente cuestionario:

"1º ¿Os halláis plenamente convencidos de que el procesado Vicente Antonio Montoya Gómez, varón mayor de edad, natural de San Vicente (Antioquia), vecino de Manizales, casado y agricultor, ha realizado los siguientes hechos: Haberle causado la muerte a José Joaquín Cárdenas por medio de varias lesiones que le abrió con arma cortante y punzante (peinilla); hechos ocurridos en el paraje denominado "Morrogacho" de este Municipio de Manizales, comprensión de este Distrito Judicial, a eso de las seis de la mañana del día veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, habiendo fallecido Cárdenas en el Hospital de Caridad de esta ciudad, a donde fue traslado, el veintidós de los mismos mes y año?"

"2º ¿El hecho a que se refiere el cuestionario anterior se ejecutó con el propósito de matar?

"3º ¿El hecho a que se refiere el cuestionario respectivo se ejecutó con el propósito de lesionar?

"4º ¿El procesado Vicente Antonio Montoya Gómez, por quien se os interroga, ejecutó el hecho a que se refiere el primero de estos cuestionarios con sevicia?

"5º ¿El procesado Vicente Antonio Montoya Gómez, ejecutó los hechos a que se contrae el primero de estos cuestionarios, en los eventos de una riña que se suscitó de modo imprevisto?"

El mismo día, el defensor del enjuiciado, solicitó del señor Juez que "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 503 del Código de Procedimiento Penal, se digne formularle al Jurado que ha de intervenir en el juicio, la siguiente cuestión:

"¿El acusado Vicente Montoya cometió el hecho a que se contrae la cuestión principal por la necesidad de defenderse de una violencia actual e injusta, contra su persona o su honor; o por la necesidad de salvarse a sí mismo de un peligro grave e inminente, contra su propia persona, no evitable de otra manera?"

En la misma fecha, el Juzgado aceptó la solicitud del defensor, en los siguientes términos:

"Es de rigor, de acuerdo con el artículo 503 del C. de Procedimiento Penal, aceptar la anterior solicitud del señor defensor del procesado de homicidio Vicente Antonio Montoya. Pero como el nuevo cuestionario abarca situaciones jurídicas diversas, se hace necesario hacer la conveniente separación. Por lo mismo, previa citación de las partes, se formulan las nuevas cuestiones así, para que sean resueltas también por el Jurado Popular el día de la audiencia:

"6º ¿El acusado Vicente Antonio Montoya Gómez, por quien se os interroga, ejecutó el hecho a que se contrae el primero de estos cuestionarios, por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes, siendo la defensa proporcionada a la agresión?

"7º ¿El procesado Vicente Antonio Montoya Gómez, al ejecutar el hecho a que se contrae el

primer cuestionario, obró por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes, pero excedió en ello los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad?

"8º ¿El acusado Vicente Antonio Montoya Gómez, ejecutó el hecho que se menciona en el primero de estos cuestionarios, por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, peligro que no fue causado por el mismo procesado?"

Celebrada la audiencia pública, el Jurado contestó el cuestionario en la siguiente forma:

A la primera y segunda: "Sí, por unanimidad"; a la tercera: "No, por unanimidad"; a la cuarta: "No, por mayoría"; a la quinta: "Sí, por mayoría"; a la sexta: "Sí, por mayoría"; a la séptima: "Sí, por mayoría"; a la octava: "Sí, por mayoría".

El Juzgado declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos y convocó un nuevo Jurado, decisión que fue confirmada por el Superior.

Reunido el nuevo tribunal de conciencia, le fue sometido el mismo cuestionario planteado al Jurado anterior, y se obtuvieron las siguientes respuestas:

A la primera y segunda: "Sí, por unanimidad"; a la tercera: "No, por mayoría"; a la cuarta: "No, por mayoría"; a la quinta: "Sí, por mayoría"; a la sexta: "No, por mayoría"; a la séptima y octava: "No, por unanimidad".

Según este veredicto, el Tribunal de conciencia afirmó la responsabilidad del acusado, como autor de un homicidio simplemente voluntario, pero aceptando que el acto fue cometido en una riña suscitada de modo imprevisto, decisión que descartó la tesis de legítima defensa sostenida por el defensor del reo.

Con base en este veredicto, el Juez condenó a Montoya a la pena principal de cuatro años de presidio, dando aplicación al artículo 362 del Código Penal, en concordancia con el 384 de la misma obra.

El Superior confirmó la sentencia apelada.

El defensor del reo interpuso recurso de casación contra la decisión del Tribunal, recurso que después de sufrir el trámite legal, va a decidirse.

El recurrente, en un memorial deficiente, alega las causales segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto de la segunda causal, dice el memorialista, que ni el Jurado, ni el Juzgado, ni el Tribunal tuvieron en cuenta las pruebas que demostraban la justificación del acto ejecutado por el agente contemplada en el artículo 25, inciso 2º, del Código Penal.

El ataque esbozado por el recurrente conforma la tacha de injusticia al veredicto pronunciado por el segundo Jurado.

La Sala observa:

La ley procesal vigente no incluyó, dentro de las causales de casación, la injusticia del veredicto, causal que sí existía en el Código anterior. De otro lado, esta Corporación ha decidido, por mayoría de votos, que la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, no tiene aplicación en los juicios sometidos a decisión del Jurado. Y aunque, no se aplicara, en el presente caso, la jurisprudencia sentada por la Sala, es importante anotar que, el veredicto atacado de injusto, es el segundo proferido en el proceso que se estudia, ya que el primero fue declarado contrario a la evidencia de los hechos, por lo cual aquella decisión es intocable según lo dispone el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, que dice en su inciso tercero: "El veredicto del segundo jurado es definitivo".

No prospera, por lo tanto, la causal segunda.

CAUSAL CUARTA — "Cuando la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Dice el recurrente:

"De conformidad con el artículo 503 del Código de Procedimiento Penal, la defensa propuso un nuevo cuestionario que lo fue, el de si Montoya había ejecutado el hecho "en defensa legítima de su vida", cuestión aquella que el Juez aceptó y ordenó se le propusiera también al Jurado. Pero resulta, que el señor Juez Segundo Superior y en el día de la audiencia pública y violando el artículo 497 del C. de Procedimiento Penal, le propuso al Jurado, dos cuestiones más, esto fue, la 7ª y 8ª cuestiones, entre ellas aquella de que trata el artículo 25, numeral 3º del C. Penal, lo que constituye un verdadero error, porque en el auto de enjuiciamiento, no se relacionaba ni se tuvo en cuenta ese hecho que hubiera podido existir ya que tal modalidad era extraña a los autos, y sobre todo, el señor Juez no tenía razón, ni mucho menos facultad para

presentarle al Jurado, vencido el término señalado por el artículo 497 del Código de Procedimiento Penal, para formular el día de la audiencia nuevos cuestionarios, lo que nos está diciendo ese hecho insólito, que se ha violado, tanto la disposición últimamente citada, como por cuanto que tales cuestionarios han debido formularse antes del sorteo del Jurado, esto es, los dos últimos cuestionarios, el 7º y el 8º, lo que entraña "una nulidad en el juicio de conformidad con el artículo 202 del expresado Código de Procedimiento Penal, ya que por haber contestado el primer jurado reunido en esa causa, tanto la cuestión 6ª relacionada" con hechos perfectamente extraños al proceso, y que fue llevada dicha cuestión al proceso por el señor Juez de la causa, con violación del artículo 497 del C. de Procedimiento Penal, lo "que causó el error en que incurrió el Jurado primeramente reunido al contestar afirmativamente y por mayoría la 6ª y 8ª cuestiones". Añade el defensor que alega además "como causal de nulidad, la violación del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse notificado en debida forma el auto en que el señor Juez 2º Superior, formuló sus dos últimos cuestionarios, es decir, el 7º y el 8º, los cuales se propusieron omitiéndose las formalidades establecidas en el artículo 497 de la obra citada, cuestionarios aquellos que han debido formularse antes del sorteo del Jurado".

No se ajusta a la realidad la afirmación de que el Juez del conocimiento propuso sin razón alguna dos cuestiones más el día de la audiencia. El cuestionario fue formulado por auto de fecha diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, y el mismo día el defensor solicitó la inclusión de una pregunta más, petición que, en auto de la misma fecha, fue aceptada por el señor Juez, quien para aclarar y completar la cuestión presentada creyó pertinente separarla en preguntas distintas. Dos meses más tarde, o sea el diez y siete de noviembre se celebró la audiencia pública, de donde se deduce la inexactitud de lo aseverado en la demanda.

Afirma también, el apoderado del reo, que se debe declarar la nulidad del proceso, según lo dispone el artículo 199 del C. de P. P., porque no se notificó en debida forma el auto en que el Juzgado formuló las tres últimas cuestiones. Y, peca otra vez de inexacto el libelo, puesto que según la constancia que obra al folio 87 vuelto, el auto atacado fue notificado en la forma legal ordenada por el artículo 171 del C. de P. P.; y, aunque este requisito no se hubiera llenado, ya no sería este el tiempo pertinente para alegar tal causal de nulidad puesto que según lo establece el inciso 1º del artículo 199 de la obra citada, "esta causal no podrá alegarse una vez que esté ejecutoriado el auto que señala día y hora para el sorteo".

El señor Procurador se refiere a la formulación del cuestionario en los siguientes términos:

"De manera que las cuestiones séptima y octava no fueron agregadas antojadizamente por el Juez de la causa después de haberse sorteado los ciudadanos que deberían integrar el jurado y poco tiempo antes de comenzar la audiencia pública, como se asegura por el vocero del recurrente. El auto que acogió las situaciones planteadas por la defensa se dictó el mismo día en que se profirió el que dispuso llevar a la consideración de los jueces de conciencia las cinco primeras cuestiones referentes a la imputabilidad física y a diversos elementos subjetivos, como la intención de matar, el propósito de herir, la sevicia, así como el que inquiría sobre la modalidad de la riña.

"Podía el Juez variar la forma del cuestionario propuesto por la defensa, siendo así que en éste se involucraban las dos causales de justificación previstas en los numerales 2º y 3º del artículo 25 del Código Penal; mejor dicho, podía dividir en dos el cuestionario solicitado, completándolo con otro relativo al exceso en la legítima defensa que no había sido propuesto a su consideración por el mismo vocero del reo?

"Para la Procuraduría es indudable que el Juez procedió dentro de los justos límites que le señala la ley, y si dividió los cuestionarios en dos lo hizo en gracia de la claridad y para evitar posteriores rectificaciones del procedimiento. Ahora bien: la inclusión de la pregunta sobre el exceso en la legítima defensa tampoco estuvo fuera de lugar, toda vez que el auto en el que se formularon los primeros cuestionarios no estaba ejecutoriado, lo que indica que el propio funcionario podía aclararlo, cómo efectivamente lo hizo.

"La facultad que la ley procesal otorgaba a los defensores para solicitar la inclusión de preguntas distintas de las formuladas por el Juez, no podía entenderse como un arbitrio soberano para plantear situaciones ambiguas o para entorpecer el procedimiento. Esa era una exteriorización un poco mal entendida de la libertad del acusado

para destruír los cargos hechos en el auto de proceder, que no debía confundirse con el empleo de maquinaciones destinadas a llevar oscuridad a las decisiones del jurado, con el fin, concebido de antemano, de revivir una o varias etapas procesales y así alargar indefinidamente la solución de los problemas jurídicos. Esa libertad se refería a la proposición de tesis que tuvieran algún asidero en los autos, pero en ninguna forma podía autorizar la confusión permitiendo el que se incluyera en una sola pregunta situaciones distintas y muchas veces hasta modalidades completamente antagónicas.

"El señor defensor parece que no se ha dado cuenta del texto y el sentido precisos de la pregunta que pidió se incluyera entre las que iban a ser consideradas por el jurado. El cree que sólo pidió el que se inquiriera por la defensa de la vida, cuando preguntó también por la defensa del honor y por el estado de necesidad. Por lo que se ha visto ya, su reclamo no tiene objeto".

Las razones expuestas por el señor Procurador explican claramente la formulación de las nuevas cuestiones, y la Sala prohija ese concepto con toda amplitud.

No prospera, por lo tanto, la causal cuarta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia de fecha mayo diez y siete del año próximo pasado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales que condenó a Vicente Antonio Montoya Gómez a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de homicidio de que fue víctima José Joaquín Cárdenas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Francisco Bruno—Campo Elías Aguirre—Jorge Gutiérrez Gómez—Ricardo Jordán Jiménez—José Antonio Montalvo—Julio E. Argüello R., Srio. en ppdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

AVISO DE EXPLORACION DE PETROLEOS — DETERMINACION DE TIERRAS SU EXPLOTACION ECONOMICA

1.—A la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo, la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación o adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al dominio de los particulares, es esencial, A pesar del indiscutible valor jurídico que tienen las mercedes que con arreglo a la legislación vigente concedió entonces la Corona española a los particulares a que ellas aluden, no son suficientemente eficaces para comprobar el dominio territorial en extensión determinada, por la vaguedad de los datos que suministran para la determinación del objeto que es materia de ellas.

2.—En cuanto a los actos y documentos entre particulares, anteriores a la Ley 11 de octubre de 1821, ya la Corte ha concluído que documentos de tal naturaleza son insuficientes, por sí mismos, para demostrar la propiedad particular respecto al Estado.

3.—Los actos de explotación económica, considerados independientemente de los títulos que sobre las mismas tierras, o en parte de ellas se habían otorgado a las personas a quienes se refieren los títulos, constituyen la justificación que los interesados pudieron hacer de su posesión durante el régimen colonial, e igualmente al tenor de lo previsto en la Ley 11 de octubre de 1821 (artículo 5), para obtener, de conformidad con esta norma, el título de propiedad.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, quince de abril de mil novecientos cuarenta y tres.

(Magistrado Ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Hendry Stuart Mackenzie Burns, en su carácter de Gerente de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, Sociedad Anónima domiciliada en Bogotá y constituída por escritura pública número 2.782 de 6 de noviembre de 1936 de la Notaría 4ª de la misma ciudad, presentó al Ministerio de Minas y Petróleos aviso de exploración en busca de petróleo que reputa de propiedad privada, en la finca denominada "San Rafael", ubicada en el Municipio del Espinal, del Departamento del Tolima y dentro de la siguiente alinderación:

"Partiendo de un árbol llamado Mu, situado en la orilla izquierda del río Magdalena y en el punto en que cae al río la cerca de alambre que limita por el sur uno de los potreros del señor Tobías Trujillo, se sigue al O. N. O. con un rumbo de doscientos ochenta y cinco grados ochenta minutos (285º 80,) lindando con éste y con los terrenos de los señores Rocha Hermanos, línea recta a un mojón situado en la esquina N. E. del lote de José Donoso y a tres mil ochocientos veintidos metros (3.822 mtrs.); de aquí se sigue al S. O. con un rumbo de doscientos once grados (211º) lindando con los lotes de Donoso, Posidio Acosta y Nicolás Corona, línea recta a otro mojón situado en la esquina S. E. del lote de Corona sobre la línea que limita por el Norte un camellón de nueve metros (9 mtrs); de aquí se sigue al O. N. O. por esta línea lindando con Corona y Leonardo Vargas, línea recta a otro mojón situado a la vera oriental del camino que del Espinal conduce a Girardot y a mil ochenta y siete metros (1.087 mtrs.); de aquí, se sigue al S. O. por este camino hasta otro mojón situado a nueve metros (9 mtrs.) sobre la línea que limita por el sur el mismo camellón; de aquí, se sigue E. S. E. por esta línea y lindando con los lotes de David Ramírez y la mortuoria de Sebastián Barrero, línea recta a otro mojón situado a mil ochenta y siete metros (1.087 mtrs.); de aquí se sigue al S. O. con un rumbo de doscientos once grados (211º) lindando con este úl-

timo lote, línea recta a otro mojón situado a novecientos sesenta y nueve metros (969 mtrs.), de aquí se sigue al E. S. E. con rumbo de ciento seis grados (106º), lindando con los lotes de Bautista León, Celestino Cortés y Antonio Barrero, línea recta a otro mojón situado a dos mil ciento ochenta y siete metros (2.187 mtrs.) en la esquina S. O. del lote número 17 de Cipriano Vega; de aquí, se sigue al N. N. E. con rumbo de diez y seis grados (16º) lindando con Vega, línea recta a otro mojón situado a mil metros (1.000 mtrs.) en la esquina N. O. del mismo lote; de aquí, se vuelve al E. S. E. con rumbo de ciento seis grados (106º), línea recta a otro mojón, situado a ochocientos noventa y seis metros (896 mtrs.) sobre la vera oriental del camino que del Espinal conduce a Peñalisa; de aquí se sigue al N. E. por una cerca de alambre que va por este camino hasta encontrar otro mojón situado en la orilla derecha de la zanja llamada Zanja-honda y a ciento sesenta metros (160 mtrs.), medidos en línea recta, de aquí, se sigue por esta zanja abajo, hasta su desembocadura en el río Magdalena, línea recta hasta aquí con terrenos de Cipriano Vega; de aquí, se sigue las aguas del río Magdalena abajo, hasta encontrar el primer lindero".

El Ministerio resolvió sobre el aviso concluyendo que los títulos presentados no demuestran que los terrenos a que él se refiere sean los mismos que salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y envió el asunto a la Corte Suprema de Justicia para que esta entidad decida, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 160 de 1936, si es fundada la pretensión de la Compañía avisante.

En la providencia que se menciona, el Ministerio hizo las apreciaciones que a continuación se transcriben:

"El origen de la propiedad particular sobre el terreno a que el aviso se contrae, parece remontarse, en último término a las mercedes de tierras hechas en tiempo de la Colonia Española a favor de los señores Antonio Ruiz de Saajosa y Francisco Galeano de que da cuenta el documento distinguido en la titulación presentada con el número 18.

"Allí consta, en síntesis lo siguiente:

"1º Que el 1º de diciembre de 1584, el cabildo o ayuntamiento de Tocaima, a Antonio Ruiz de Saajosa hizo merced de la estancia y caballería de ganado mayor, otra de ganado menor y otra de pan coger..... según y en la parte y como la dicha petición las pide, so los linderos en la petición contenidos, linderos éstos que el agraciado describe así en su pedimento: 'Alonso Ruiz de Saajosa parezco ante vuestra merced y digo: yo tengo necesidad de una estancia que está en términos de esta ciudad (se refiere a Tocaima), la cual estancia está con linderos con una estancia que este cabildo le dió a Sebastián de Bocanegra, la cual estancia corre por un potrero que está en el río de las Piedras, y de la otra parte del río hacia la venta de Ambrosio de Morales, corriendo hacia el hato del Capitán Bartolomé Talavera y de allí a una sierra junto a lo de Diego Vicario, más acá del dicho hato de Diego Vicario y por la otra parte de la venta, corriendo por el camino real hasta los aposentos de Doyma; y por la parte del río o quebrada de la huerta de Doyma corriendo el río abajo y a cuello ancho, con los altos y bajos y quebradas hasta topar con tierras de Sebastián de Bocanegra, arrimando para la sierra y río e llanos con todos los ancones que hacen dichas sierras, quebradas y ríos, y por estar las tierras vacas y sin perjuicio de nadie, a vuestra merced pido y suplico que en las tierras que he señalado se me haga merced de una caballería de ganado mayor'. Y más adelante esto: 'y de una estancia para ganado menor y en los altos de la sierra otra estancia de pan coger; y así mismo en el río de Cuello un potrero que está entre unos cerros, frontero de la estancia de Juan Velasco, donde está una laguna y donde agora roza don Alonso de Meneses, con un pedaso de tierra que esta en la quebrada de la Guaduas, que dicen corriendo al río abajo del Cuello de la otra banda de unos llanos'.....

(Documento Nº 18, pág. 64 y ss.). Por los mismos linderos fue confirmado este título de tierras.

"2º Que en el año de 1612 a don Francisco de Galeano se hizo merced de 'dos estancias de ganado mayor que pide, en la parte que señala....' parte esta que en la petición correspondiente se describe así: '....dos estancias de ganado mayor y una de pan coger en los cañaverales de Saldaña, y las dos estancias de ganado mayor, la una en Luisa de esta banda corriendo el río abajo desde el paso que tiene el padre Andrés Ruiz, por donde pasa su ganado; y la otra en las sobras de las estancias que allí tiene el Capitán Alonso Ruiz, **que están entre el río de Cue-**

llo y la quebrada de las Guaduas, junto a la Serrezuela, corriendo hacia abajo a lindar con Rio Grande de la Magdalena, o en la parte más cómoda que estuviese vaca en los dichos linderos' (Documento número 18, páginas 70 y 71)".

Llegado el negocio a la Corte recibió la tramitación legal correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del ordinal c), artículo 7º de la Ley 160 de 1936, durante la cual se produjeron varias pruebas, entre las que deben mencionarse una diligencia de inspección ocular practicada por la Sala a los terrenos materia del aviso y un dictamen pericial rendido por los peritos que para ese efecto fueron nombrados por las partes, doctores Jorge A. Perry, de la Nación, y Benjamín Villegas, de la Compañía avisante.

La tramitación legal del juicio sumario está surtida en su totalidad y la Sala profiere ahora su fallo previas las consideraciones pertinentes.

Los títulos que se presentan como emanados del Estado

1584.—Título a Alonso Ruiz de Saajosa

Entre las pruebas presentadas por la Compañía Shell al Ministerio del ramo aparece un documento, que por su antigüedad, cronológicamente considerado, examinará en seguida la Sala en su parte principal.

En el año arriba mencionado solicitó don Alonso Ruiz del Cabildo de Tocaima merced de varias tierras, las que le fueron adjudicadas por medio del título siguiente: "Título. — Don Felipe por la gracia de Dios Rey de Castilla, León,.... Por cuanto por petición de Martín Camacho, Procurador, en nompre de Alonso Ruiz de Saajosa, vecino de la ciudad de Ibagué, presentó en la nuestra Audiencia y Chancillería real del Nuevo Reino de Granada, ante el nuestro Presidente y Oidores de ella, nos hizo relación que el cabildo de la ciudad de Ibagué proveyó a su parte una estancia de ganado mayor y otra de ganado menor, y otra de pan coger, y en río Cuello un potrero, como todo parecía por un testimonio que presentaba, lo cual le fue proveido en la dicha ciudad de Tocaima, atento a ser linderos con su vecindad e que todas eran tierras baldías y sin perjuicio, de que de dársele al dicho su parte redundaba utilidad de las repúblicas.... su tenor del cual dicho título es el siguiente: —Título.— En la ciudad de Tocaima, a primero del mes de diciembre de mil quinientos ochenta y cuatro, los ilustres señores Justicia y Regimiento de esta ciudad, es saber: los señores don Cristóbal de Zúñiga y Francisco de Prado, alcaldes ordinarios por su Majestad en esta dicha ciudad, y Hernando del Campo y Juan García de Herrera y Sebastián Fernandez de Bocanegra, regidores, se juntaron en su cabildo e ayuntamiento... y estando así juntos proveyeron e mandaron lo siguiente: en este cabildo se leyó por mí el presente escribano una petición de Alonso Ruiz, vecino de la ciudad de Ibagué, que su tenor es lo que sigue: —Pedimento. Una estancia de ganado mayor. — Muy Ilustre señor. — Alonso Ruiz de Saajosa parezco ante vuestra merced y digo: que yo tengo necesidad de una estancia, que está en términos de esta ciudad, la cual estancia está con linderos con una estancia que este cabildo lo dio a Sebastián de Bocanegra la cual estancia corre por un potrero que está en el río de las Piedras, y de la otra parte del río hacia la venta de Ambrosio de Morales, corriendo hacia el hato del Capitán Bartolomé Talavera, y de allí a una sierra junto a lo de Diego Vicario más acá del dicho hato de Diego Vicario y por la otra parte de la venta, corriendo por al camino real hasta los aposentos de Doyma; y por la parte del río, o quebrada de la huerta de Doyma corriendo el río abajo y a Suello ancho, con los altos y bajos y quebradas hasta topar con tierras de Sebastián de Bocanegra, arrimado para la sierra y río e llanos con todos los ancones que hacen dichas sierras, quebradas y ríos, y por estar las tierras vacas y sin perjuicio de nadie, a vuestra merced pido y suplico, que en las tierras que he señalado se me haga merced de una caballería de ganado mayor. — Pedimento de una estancia de caballería y otra de ganado mayor y otra de pan coger.—y de una estancia para ganado menor, y en los altos de las sierras de otra estancia de pan coger; y así mismo en el río de Cuello un potrero que esta entre unos cerros, frontero de la estancia de Juan Velasco, donde esta una laguna y donde agora roza don Alonso de Meneses, con un pedazo de tierra que está en la quebrada de las Guaduas, que dicen corriendo el río abajo de Cuello de la otra banda de unos llanos;.... — ALONSO RUIZ DE SAAJOSA. — La cual dicha petición habiéndola visto por los dichos señores Cabildo Justicia y Regimiento, dijeron: —Merced y título de la estancia y la ca-

ballería de ganado mayor, otra de ganado menor y otra de pan coger, que le proveían y le proveyeron al dicho Alonso Ruiz de Saajosa la estancia y caballería de ganado mayor y otra estancia de ganado menor y otra de pan coger, como se suele dar y es costumbre, las cuales dichas estancias que así se proveen, según dicho es, dijeron los dichos señores que las proveían y proveyeron según en la parte y como por la dicha petición las pide, so los linderos en la petición contenidos, los cuales dichas tres estancias se le proveían y proveyeron sin perjuicio de naturales y de otro tercero que mejor derecho tenga a las dichas estancias, que ensi se le han proveído, y mandaron a mi el escribano que si el dicho Alonso Ruiz de Saajosa quisiera título para en guarda de su derecho con todo lo por sus mercedes proveido, las cuales dichas estancias proveían los dichos señores Justicia e Regimiento en su cabildo al dicho Alonso Ruiz, con él y sus herederos y sucesores acudan con los diezmos de las dichas estan.... y lo firmaron con sus nombres. Don Cristobal de Zúñiga. —Francisco de Prado. — Hernando del Campo — Juan García de Herrera — Sebastián Fernández Bocanegra — Ante mí, Francisco Ramírez de Hinojosa.... Aprobación del Título de las estancias de ganado mayor y ganado menor y pan coger —contenidas en el dicho título sus inserto, dado y proveído por el cabildo justicia y regimiento de la dicha ciudad de Tocaima al dicho Alonso Ruiz de Saajosa, en la parte y lugar y so los linderos que en el dicho título se declaran y especifican ,y según y como le fueron proveídas, para que la tenga, goce y posea él y sus herederos y sucesores, e hagan de ella como de cosa suya propia, y mandamos al nuestro corregidor de la dicha ciudad de Tocaima y de la de Ibagué, y su teniente, alcaldes ordinarios y otras cualesquier nuestras justicias e jueces de ella... que den y hagan dar al dicho Alonso Ruiz de Sahajosa la posesión de las dichas estancias y en ella le amparen y defiendan y no consientan sea despojado sin primero ser oido y vencido por fuero o por derecho.... la cual dicha confirmación hacemos sin perjuicio de tercero, dada en la ciudad de Santa Fé, a siete de julio de mil quinientos ochenta y seis años. — Yo Lope de Rioja escribano de su sacra y real Majestad, lo hice escribir por su mandado con acuerdo de su Presidente y oidores. Registrada. —Francisco López de Velasco, Chanciller — Francisco López de Velasco. — Obedecimiento. — En la ciudad de Tocaima, en diez y siete días del mes de septiembre de mil y quinientos ochenta y seis años, de pedimento de Alonso Ruiz de Saajosa, por mi Francisco Ramírez de Hinojosa, escribano público y del cabildo de dicha ciudad fue leida y notificada la real previsión de su Majestad atrás contenida - ilustre señor don Cristobal de Zúñiga, alcalde ordinario en ella por su Majestad, e por su merced vista e leida, la tomó en sus manos y la besó, e puso sobre su cabeza, y dijo que la obedece y obedeció como carta y provisión de su rey y señor natural, a quien Dios nuestro Señor guarde largos años, —contestado— de mayores reinos y señoríos, y en cuanto a su cumplimiento, dijo: que está presto a nombrar persona que le vaya a meter y amparar en la posesión y medidas; el dicho Alonso Ruiz; y así lo dijo y firmó de su nombre, —Don Cristobal de Zúñiga.— Ante mí, Francisco Ramírez de Hinojosa, en once días del mes de febrero de mil quinientos y ochenta y siete años, de pedimento de Hernán González, en nombre de Alonso Ruiz de Saajosa...., fue leida e notificada la real providencia, de su Majestad atrás, contenida en el ilustre señor don Diego de Fuenmayor, alcalde ordinario en ella por su Majestad, e por su merced vista e leida la tomó en sus manos e la besó, e puso sobre su cabeza y dijo que le obedecía y obedeció como a carta e provisión de su Rey y señor natural, y en cuanto a su cumplimiento de lo que mandaba e mandó que el alguacil escribano vayan a dar la posesión al dicho Alonso Ruiz de Saajosa,o a quién su poder hubiere y le defienda y ampare en la dicha posesión etrenal (sic) e lo firmó. —Don Diego de Fuenmayor. — Ante mí, — Francisco Ramírez de Hinojosa,..."

Título de Francisco Galeano Cid

En el año de 1611, Don Juan de Borja, del Consejo de su Majestad Gobernador de Capitán General del Nuevo Reino de Granada y Presidente de la Real Audiencia de Santa Fé, &. — Capitán Sebastián Fernández Bocanegra, teniente de corregidor de la ciudad de Ibagué, sabed, que Francisco Galeano Cid, vecino de la ciudad de Ibagué dijo.... tengo necesidad de que buestra señoría me haga merced de dos estancias de ganado mayor y una de pan de coger, en los cañaverales de Saldaña y las dos estancias de ganado mayor, la una en el Luisa, de esta banda

corriendo el río abajo desde el paso que tiene el padre Andrés Ruiz, por donde pasa su ganado; y la otra en las sobras de las estancias que allí tiene el Capitán Alonso Ruiz, que están sobre el río de Cuello y la quebrada de las Guaduas, junto a la Serrezuela, corriendo hacia abajo a lindar con el río grande de la Magdalena, o en la parte más cómoda que estuviere vaca en los dichos linderos.... Francisco Galeano Cid.—.... Atento a que el Capitán Sebastián de Bocanegra no tuvo lugar de hacerlas diligencias sobre estas tierras, respecto de su muerte, y haber pedido Francisco Galeano Cid, se cometan de nuevo a uno de los alcaldes de Ibagué, se comete a Juan Bautista Gómez, el mandamiento de atrás, según y como él se contiene, para que en virtud de él las haga y la cumpla en todo como si a él fuera dirigido, y este decreto sirve de mandamiento. — Don Juan de Borja. — (Rúbrica) —... En veinte y seis días del mes de octubre de mil y seiscientos doce años, Francisco Galeano Cid, vecino de la ciudad de Ibagué requirió con el mandamiento de suso, de su señoría el señor don Juan de Borja, del Consejo de su Majestad,... a mí Juan Bautista Gómez, alcalde ordinario de la dicha ciudad de Ibagué.... y habiéndolo visto y lo que por él se me manda hice las diligencias en él contenidas y como persona interesada en las dichas estancias, cite el Capitán Alonso Ruiz de Saajosa para si tenía que pedir o contradecir al pedimento del dicho Francisco Galeano, lo hiciese, el cual respondió que las dichas estancias estaban vacas y sin perjuicio suyo, ni de otra persona, y por no haber otros vecinos a la redonda, no hice más diligencia, ni haber naturales en más de seis leguas a la redonda, ni hay persona con quien poder hacer diligencia alguna.... y dando mi parecer en razón de las estancias del dicho Francisco Galeano Cid, digo: que siendo su señoría el señor Don Juan de Borja, servido de hacerle merced se le pueden dar por estar el dicho pedimento en tierra vaca y sin perjuicio de naturales, ni de tercero ninguno por no haber otro que por allí tenga estancias ni ganados, más que el dicho Capitán Alonso Ruiz, el cual respondió lo que está dicho y para que en todo tiempo conste de lo dicho, lo firmé, siendo testigos el Capitán Ambrosio de Morales y Martín Ruiz de Carbajal. — Juan Bautista Gómez (Rúbrica). — Hácele merced a Francisco Galeano de las dos estancias de ganado mayor que pide, en la parte que señala, conforme al parecer del Alcalde, sin perjuicio del derecho real ni de otro tercero, con cargo de composición, y que las pueble y no las venda sin licencia de su señoría y de ello se le despache título en forma, y de la estancia de pan coger. — Proveyose por el señor don Juan de Borja caballero del hábito de Santiago, Presidente, Gobernador y Capitán General de este Reino, en Santa Fé, a veinte de noviembre de mil y seiscientos doce años. —Lope de Bermeo. (Rúbrica). — Diose el título. — Diligencias fechas por la justicia de Ibagué, en razón de unas estancias".

El primero de los títulos, cuyas partes esenciales acaban de transcribirse, fue tomado de la "Real provisión, sobre confirmación de tierras, hecha a Alonso Ruiz de Saajosa, que se encuentra en el Tomo XX de Curas y Obispos de los folios 7 a 12"; y el segundo del "Tomo XVI Tierras del Tolima, a los folios 348 a 349v" del Archivo Histórico Nacional.

Estas son las únicas mercedes cuya copia auténtica se ha presentado al expediente; los demás documentos allegados por la Compañía avisante, en relación a la titulación antigua, no son mercedes otorgadas por el Estado español a los particulares, sino copias de diligencias relacionadas con testamentos, pleitos, solicitudes de adjudicaciones de tierras etc.

Los linderos y el valor jurídico de las mercedes concedidas a Alonso Ruiz de Saajosa y Francisco Galeano Cid

De la simple lectura de los títulos transcritos se desprende que en lo referente a linderos son de una extraordinaria vaguedad. No hay manera de determinar, por medio de los datos de las mercedes concedidas a don Alonso Ruiz de Saajosa y a don Francisco Galeano Cid, a qué lotes de tierras se referían ellas. Los señores peritos doctores Jorge A. Perry y Benjamín Villegas son del mismo parecer, y se expresan así, después de transcribir la parte pertinente de los títulos de que se trata: "Como se ve, estos títulos o documentos se refieren a porciones de terreno cuyas formas y ubicación precisas no pueden determinarse con los datos que en los documentos figuran y que auncuando se relacionan a nombres geográficos que hoy se encuentran dentro de lo que después se llamó hacienda o tierras de Llano Grande, **no hay base que permita localizarlas o concretarlas a determinados sitios, para-**

jes o puntos de las grandes extensiones que cubren o encierran esos nombres geográficos". Es pues, en concepto de los peritos y de la Sala, indeterminable la ubicación de las tierras dadas en merced en los años de 1584 y 1611 a los señores Ruiz de Saajosa y Galeano Cid.

A la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo, la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación o adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al dominio de los particulares, es esencial.

Sobre este particular ha dicho la Corte en sentencia proferida por la Sala de Negocios Generales el 5 de agosto de 1942:

"Si no es posible establecer, ni las medidas localizadas o relacionadas cuerdamente en el terreno, ni los linderos, si por otra parte no existen datos que acrediten actos posesorios y de ejecución próximos al nacimiento del título, que sirvan para explicar cómo él se tradujo materialmente, habrá que concluír que los títulos no demuestran a qué área determinada se refieren, y que por consiguiente fueron ineficaces en su origen para sacar del patrimonio real una porción de tierra y trasladarla al patrimonio particular". (Gaceta Judicial número 1987, Tomo LIII paginas 901 y 902).

En el fallo mencionado, la Corte reconoció, como reconoce ahora, un indiscutible valor jurídico a las mercedes que con arreglo a la legislación vigente entonces concedió la corona española a los particulares y admite que esos títulos encarnan la suficiente idoneidad para acreditar con ellos —en principio— dominio privado de las tierras a que se refieren.

Pero, a pesar de ese valor, no son suficientemente eficaces para comprobar el dominio territorial en extensión determinada, por la vaguedad de los datos que ellos suministran para la determinación del objeto material de las mercedes mencionadas. En efecto, en el primero de ellos, la referencia descriptiva es la siguiente: "...con un pedaso de tierra que esta en la quebrada de las guaduas que dicen, corriendo al río abajo de Cuello de la otra banda en unos llanos"; y en la concedida a Francisco Galeano "....y las dos estancias de ganado mayor, la una en el Luisa, de esta banda corriendo el río abajo desde el paso que tiene el padre Andrés Ruiz, por donde pasa su ganado; y la otra en las sobras de las estancias que allí tiene el Capitán Alonso Ruiz, que están en el río Coello y la quebrada de las Guaduas, junto a la Serrezuela, corriendo hacia abajo a lindar con el río grande de la Magdalena, o en la parte más cómoda que estuviere vaca en los dichos linderos". Estos datos apenas indican la parte o lugar donde la adjudicación debía hacerse; son linderos vagos e incompletos que únicamente sirven para señalar la región en donde quedaban o debían quedar las estancias que por merced se concedían a don Alonso Ruiz de Saajosa y don Francisco Galeano Cid.

Las composiciones de 1634

El 15 de diciembre de 1634 el comisionado para la composición de todas las tierras del Nuevo Reino admitió la hecha por el Procurador don Francisco Jaramillo, de las de Tocaima. El Rey confirmó y aprobó dicha composición por Cédula otorgada en El Buen Retiro el 10 de diciembre de 1715. En ella acepta la composición por menor, o individualizada "por no permitir la estrechez de medios que han padecido y padecen los pocos vecinos de que se compone aquella ciudad el que acudiesen particularmente a manifestar sus títulos y componerse con dicho juez, habiendo acordado la ciudad, en conocimiento de esta imposibilidad la providencia de enviar Procurador General que en nombre de todos sus vecinos ajustase todas las tierras por mayor, y admitido en esta forma conferida esta composición entre dicho juez y el Procurador General, se convinieron en que enterándose dos mil y quinientos pesos en las Cajas Reales, quedasen cumpuestas todas las tierras, estancias, huertas y cuadras de sus términos y jurisdicción"... ..."como todo consta en los autos que presenta y que han estado los suplicantes en quieta y pacífica posesión desde dicho año de 1634 hasta el presente,.... **confirmo y apruebo el despacho y composición** de tierras que el dicho Antonio Rodríguez dio a la ciudad de Tocaima en el Nuevo Reino de Granada y Villas particulares de ella en el año de 1634".

Para la Sala, el documento que forma parte de la transcripción anterior tiene el mismo indiscutible valor jurídico de las mercedes que se analizaron al comienzo del presente fallo, y por tanto, admite que él acredita —en principio— dominio privado de las tierras a que se refiere. Pero la misma deficiencia de que los menciona-

dos títulos adolecen se observa en la anterior composición aprobada por el Rey. A la luz de los datos que la informan no puede acreditarse dominio territorial en lugar y extensión determinados, por la deficiencia en la alinderación de las tierras compuestas.

En el mismo año de 1634 se celebró por el cabildo de Ibagué la composición por mayor de todas las tierras de esa jurisdicción para los poseedores. La misma observación que se hace sobre los efectos de la celebrada en Tocaima es aplicable a ésta.

Actos entre particulares anteriores a 1821

La Compañía avisante presentó, en la documentación allegada al Ministerio y en las pruebas practicadas ante la Corte, numerosos documentos que demuestran la verificación de actos entre particulares antes de que rigiera la ley de 11 de octubre de 1821. De éstos, algunos ya fueron someramente analizados por la Sala y ahora se mencionan: "El pleito entre don Juan Manuel de Moya y Gusmán y don Antonio Alvarez, por el deslinde de las tierras de 'El Retiro' y 'Llano Grande', situadas entre los ríos de Luisa y Cuello"; "Diligencias relacionadas con el testamento de doña María de Melgar y Coronel"; "Fundación de un patronato sobre la hacienda de 'Llano Grande' y "Hato de Santana', etc.".

Estos actos han sido aducidos para acreditar dominio particular frente al Estado, considerando que ellos pertenecen a la clase de actos y contratos entre particulares anteriores al 11 de octubre de 1821, que de conformidad con la ley de ese año, y según algunos de sus intérpretes, sirven para acreditar que las tierras a que se refieren salieron válidamente del Estado durante el tiempo de la Colonia. Ya la Corte ha concluído en varios fallos (G. J. Nº 1987, tomo LIII), que documentos de tal naturaleza son insuficientes, por sí mismos, para demostrar la propiedad particular respecto al Estado. Ahora, la Sala se limita a ratificar esa doctrina, sin detenerse a analizarla, en atención a que no se han presentado argumentaciones diferentes a las ya vistas en otros fallos, que la lleven a modificar su juicio. Por tanto, se niega a los documentos mencionados y a los demás similares un valor probatorio capaz de demostrar dominio privado sobre las tierras que con ellos se relacionan.

La explotación económica como título de justa prescripción

En fallo proferido por esta Sala el 5 de agosto de 1942 estudió la Corte el fenómeno jurídico que se operó durante el Virreinato de la Nueva Granada llamado de justa prescripción. A ella pertenecen estos pasajes:

"Los que poseyeron en el período indiano a título de justa prescripción debieron justificar su posesión ante las autoridades; así lo estableció claramente la Cédula de San Lorenzo; y los que no lo hicieron no consolidaron ese estado jurídico de prescribientes, convirtiéndolo en dominio.

"Limitada la prescripción de que se viene hablando a la tierra que se explotaba económicamente, se explica la tolerancia de las autoridades de la Colonia, que permitieron que se mantuvieran esas situaciones, conservando, eso sí, permanentemente, el principio jurídico y la regla legal de que era necesario componer tales estados anómalos, justificando la antigua posesión. Se explica, porque las tierras se daban o adjudicaban para su explotación. Puede suponerse que ocurrió algo semejante —no igual— a lo que pasa hoy a los cultivadores de baldíos, que tienen que sacar el título, aunque con esta diferencia: Algunas leyes de la República declaran que la propiedad de las tierras baldías se adquiere por el cultivo; las leyes coloniales nunca lo reconocieron así; había que justificar la antigua posesión a título de justa prescripción, sacar el título, u obtener una adjudicación respecto a la posesión reciente.

"¿Qué ha de hacer hoy el intérprete de esas leyes, el juez que califica aquellos remotos estados jurídicos que pudieron dar nacimiento a la prescripción **sui generis** en el derecho indiano?

"Acerca de esto caben aquí algunas consideraciones para comparar el régimen de las tierras realengas, anterior a 1821, con el que estableció sobre baldíos dicha ley.

"124. La misma antigua posesión reconocida en 1754, que allí se definió 'antigua posesión' como título de justa prescripción" (capítulo IV, Cédula de San Lorenzo), y que traducía la posesión antigua en la prescripción, pasó en 1821 a la ley, artículo 5º: 'los que poseyesen tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de justa prescripción', etc.

"Y en cuanto a la posesión reciente, a la cual se refiere el artículo 4º, dijo la ley de 1821: 'Los

que se hallen actualmente en posesión de las tierras baldías con casas y labranzas en ellas, sin título alguno de propiedad, serán preferidos en las ventas', etc.

"La analogía es perfecta entre los casos contemplados en 1754 y los previstos en 1821.

"La ley de 1821 se presenta benévola con la antigua posesión; desde que la admite es porque respeta la antigua posesión o prescripción del tiempo colonial — no podía referirse a otra — respecto a la cual no se conoce en qué forma debía justificarse ni ante qué autoridades. Más tarde el fenómeno se repite: se establece en la ley de 1821 la obligación de sacar los títulos correspondientes a esa posesión inmemorial, señalándose el plazo de un año para hacerlo; no se conocen, ni el modo como debe demostrarse esa situación, ni se determina la autoridad que ha de conferir tales títulos. La paridad entre los casos contemplados por el legislador indiano de 1754 y por el de la República en 1821 no sólo admite sino que parece imponer, respecto a la interpretación de la última ley, el mismo criterio benévolo que ella empleó para calificar los estados jurídicos a que se hace referencia y que habían nacido y tomado forma bajo la legislación española anterior a la ley colombiana. El fenómeno contemplado en 1821, de la posesión inmemorial anterior, o justa prescripción, visto por el juez de 1942, respecto al período anterior a la ley primera nacional sobre tieras baldías, tiene que ser mirado con idéntico criterio de amplitud, para juzgar acerca de la omisión en que posteriormente se incurrió o pudo incurrirse, de obtener el título correspondiente; así como durante la colonia se incurrió en tal omisión, en muchos casos, la que no fue estimada por el legislador de 1821 como suficiente para desconocerle valor jurídico a aquellos estados constituídos por hechos de particulares anteriores a ese acto, en la República igual omisión no debe acarrear efectos diferentes.

"Hay que volver a decir que de conformidad con la legislación indiana, los estados jurídicos constituídos por la simple ocupación de hecho de las tierras realengas, o por la posesión de ellas a título de justa prescripción, no produjeron por sí solos el dominio particular. Por consiguiente, al iniciarse la vida libre de la que fue antiguamente colonia española, bien pudieron los legisladores ajustarse al estricto derecho que venía imperando, y desconocer todo valor a esos estados jurídicos imperfectos que no se habían convertido en dominio. Pero seguramente el espíritu de tolerancia que imperó en el régimen colonial hubo de influír en el ánimo de los legisladores patrios, quienes reconociendo la existencia de tales situaciones, estimaron acertadamente ser de justicia y conveniencia prorrogar los términos para el arreglo de tales estados, restableciendo en forma distinta, la institución que regía en la Colonia sobre el deber de sacar el título los poseedores.

"Las otras leyes, ya enunciadas, que consagraron idéntico principio de tolerancia respecto al cumplimiento de la obligación de obtener el título los poseedores con posesión inmemorial o de justa prescripción, son la de 30 de marzo de 1843, la 70 de 1866 y el Código Fiscal de 1873. Brevemente se detiene la Sala a hacer un examen de algunas de esas disposiciones relacionadas con el punto en cuestión....".

"Considera, por tanto, la Sala que la omisión en el deber 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, de la omisión mencionada, los poseedores que en ella incurrieron hubiesen caído en la sanción prevista en el artículo 5º de dicha ley y que por tanto sus tierras hubiesen vuelto automáticamente, por el transcurso del plazo señalado sin el cumplimiento de la obligación, al dominio de la República. Estima la Corte que así como en 1843, por disposición expresa de la ley, los antiguos poseedores podían ocurrir por el título de propiedad, y como después, en virtud de las leyes de 1866 y 1873, pudieron hacerlo también los poseedores con posesión anterior de veinticinco años, puede hoy el órgano judicial hacer el reconocimiento de la propiedad por justa prescripción o posesión inmemorial contemplada en el artículo 5º de la ley de 1821, previas las comprobaciones necesarias de haberse poseído o explotado económicamente las tierras antes de la vigencia de aquel estatuto legal.

"Claramente se ha visto que la posesión inmemorial o justa prescripción debió ser efectiva y real, concepto que se reproduce acertadamente en el de explotación económica. Habrá pues que acreditar tal explotación económica para ponerse en capacidad de alcanzar hoy la declaración judicial de propiedad sobre tierras realengas poseídas a título de justa prescripción o por pose-

sión inmemorial durante la colonia". (G. J. Nº 1987, página 920).

La explotación económica en la hacienda de "San Rafael"

El señor apoderado solicita subsidiariamente de la Corte que haga una declaración de prescripción respecto de los terrenos materia del aviso, con fundamento en su explotación económica anterior a 1821, petición que considera en seguida la Sala.

En concepto de los señores peritos. doctores Benjamín Villegas y Jorge A. Perry, del examen de los autos resulta evidente que la finca de San Rafael descrita en el aviso se halla comprendida dentro de un globo de terreno encerrado por los ríos Coello, Magdalena y Luisa y la serranía de San Francisco o Carrasposo, tierras que se conocen y se han conocido de tiempo inmemorial con el nombre de Llano Grande.

¿Pasa la Sala a ver si en la documentación presentada existen datos reveladores de explotación económica en las tierras a que se refiere el aviso de explotación, anteriores a 1821.

En la petición que en el año de 1613 dirigió Bernardo de Herrera al Presidente don Juan de Borja para que se le concedan tierras dentro de los linderos de Llano Grande, el peticionario reconoce que "dentro de los dichos linderos tiene el dicho Capitán Alonso Ruiz algunas estancias con las cuales ocupa toda la dicha tierra, **trayendo en ella cuatro mil cabezas de ganado poco más o menos**..."

Por su parte don Alfonso Ruiz, alcalde ordinario de la ciudad de Ibagué, al ser notificado de las pretensiones de don Bernardo de Herrera "dijo que la relación de Bernardo de Herrera es siniestra en todo, y contradice al hacerse la dicha merced de las dichas cuatro estancias, porque él ha que posee las dichas estancias más de treinta años quieta y pacíficamente, **y tiene en ellas mas de catorcemil cabezas de ganado, mas otras tres mil que mete ahora del hato del menor, y tiene en ellas mil yeguas y están ya los pastos muy esterilizados, y no puede caber mas ganado en caso de que hubiera tierras que no las hay...".** (Folios 141v y ss. cuaderno del Ministerio).

Don Alonso Ruiz de Saajosa fundó el 19 de agosto de 1621 una capellanía "en términos —dijo— de la ciudad de Tocaima riberas del río de la Magdalena i río de Coello que compré de Catalina de Prado vecina de la dicha ciudad **i tres mil cabezas de ganado vacuno y doscientas yeguas de caballos que tengo en las dichas tierras todo lo cual esta libre de censo** ..."

En un poder conferido por el Capitán Martín Ruiz de Carbajal en el año de 1655 (17 de febrero) a favor de don Bernardo José de las Peñas para vender las tierras de Llano Grande se lee: "Yo El cappn. Martin ruis de Carbajal.... otorgo que doi todo mi poder cumplido.... para valer a bernardo Josepf de las Peñas vecino de la ciudad de Santa fé... para que por mi yen mi nombre y rrepresentando mi misma persona pueda vender y venda... **las tierras de llano grande de Cuello que fueron del cappn. Alonso ruis de saajosa mi padre..... y dchas. tierras son y se comprenden entre el rio luisa eldela magdalena y Cuelo por la parte de arriba lasierra una cordillera aspera que nace delas barandas delrio cuello yrremata en las deluisa** la cual bendera en cantidad dedose mil deaocho Rs.castellanos... mas quedando reserbado dedha benta lastierras que llaman del rincón de baile..... uasimismo ade quedar re serbado dedho **las tierras.del trapiche que llaman de la isla**... para que **juntamente pueda bender y benda los ganados que tiene en dhas. tierras que seran esta cantidad de siete a ocho mil cabezas de yeguas chicas y grandes Burros hechores mulatos y ganados bacunos por presio cada cabeza de dies y ocho Rs....".** Es indudable, que las tierras de llano grande a que se refiere este poder son las mismas que adquirió —o por lo menos parte de ellas— el Capitán Alonso Ruiz de Saajosa por las mercedes que arriba se analizaron, y son también las mismas a que se refirió don Bernardo de Herrera al solicitar de don Juan de Borja merced de cuatro estancias "por la una vanda del rio de Cuello hasta juntarse con el rio grande de la Magdalena, y de allí por frente el dicho rio cogiéndo agua arriba hacia su nacimiento..."

Aparece en el expediente la copia de unas declaraciones rendidas en el año de 1642 por los señores Juan Lozano Gallardo, Pedro Valderrama y Jacinto Leuro ante el entonces alcalde de Ibagué Capitán Francisco de Leuro Bocanegra. El primero de los nombrados afirma que **"caben en dicho Llano Grande, según es voz y fama de que ha tenido en años pasados ochenta mil cabezas de ganado vacuno".** El testigo Pedro Valderrama dice "Que en el Llano Grande, que este testigo ha visto, y paseado diversas veces antes,

el que hoy está poseyendo Martín Ruiz de Carvajal, según su distancia y contorno le parecen a este testigo, cabrán en todo él más cantidad de cuarenta mil cabezas de ganado, **y muchas veces ha oído decir, este testigo, y en particular al capitán Martín Ruiz de Carbajal, que ha pastado en el dicho llano, cuando estaba pujante cantidad de cien mil reses".** Y Jacinto Leuro expresa "que save que el Capitán Martín Ruiz de Carbajal... tiene y posee por tierras y estancias suyas, de más de las que tiene vendidas a los padres de la Compañía de Jesús, **todas las tierras que llaman de Llano Grande donde ha habido antes de ahora una cantidad de cuarenta o cincuenta mil cabezas de ganado".**

En el año de 1732 doña Ana de Soto López, quien había rematado las tierras de Llano Grande en el año de 1731, tierras que habían sido propiedad de doña María de Melgar y Coronel, madre de la rematadora, vendió al capitán Antonio Forero "la mitad de las tierras de Llano Grande, las cuales lindan cogiendo el río Luisa, mirando al pueblo de Cuello de el lado de el hato de el Retiro, a mano izquierda, como quien viene de dicho Luisa;..." Entre los efectos vendidos con la tierra, se encuentran **"siete mil y treinta cabezas de ganado chico y grande; doscientas y treinta y dos cabezas de ganado manso; cincuenta y ocho bueyes de barbacoa; doscientas y noventa cabezas de cimarrón. Seiscientas setenta y cuatro yeguas con sus padrones. Ciento y ochenta caballos mansos de vaquería. Dos burras y un padrón; ocho burros hechores y pollinos; tres platanares;..."**

Todos estos documentos, en los que se hace referencia a la posesión de las tierras de Llano Grande y Santana —tierras que, como ya se dijo, en concepto de los señores peritos, comprenden dentro de sus linderos la hacienda de **San Rafael,** materia del aviso— con ganados, labranzas, etc., son demostrativos de que en ellas se cumplieron actos de explotación económica de la clase de los que la legislación indiana requería para que pudiera acreditarse la justa prescripción, al tenor de lo establecido especialmente en la Cédula de San Lorenzo que definió lo que por tal debía entenderse.

De los documentos que obran en el expediente aparece que la hacienda de Santana a la cual se refiere el plano hecho por los ingenieros Rafael Alvarez Salas y Gabriel Solano en 1888, con 11.332 hectáreas, es aproximadamente una quinta parte de Llano Grande, por donde se infiere que la extensión de éste era, también aproximadamente, de 60.000 hectáreas. Los ganados que poblaron esas tierras fueron, en promedio, según los testimonios vistos, 30.000 cabezas, lo que permite estimar que fue grande la explotación, correspondiéndole un ejemplar de ganado a cada dos hectáreas de tierra. En todo tiempo, inclusive ahora, esas cifras muestran un índice muy alto de explotación de la tierra con ganados.

Tales actos de explotación económica, considerados independientemente de los títulos que sobre las mismas tierras, o en parte de ellas se habían otorgado a don Alonso Ruiz de Saajosa y a don Francisco Galeano Cid, constituyen en concepto de la Sala, la justificación que los interesados pudieron hacer de su posesión durante el régimen colonial, e igualmente al tenor de lo previsto en la ley de 11 de octubre de 1821 (artículo 5º) para obtener, de conformidad con esta norma, el título de propiedad.

Corresponde por tanto hacer la declaración a la Corte, de que se ha consumado jurídicamente la prescripción adquisitiva de esas tierras frente al Estado, por actos de explotación realizados con anterioridad al año de 1821.

El señor Procurador Delegado dice que "son varios los documentos del proceso que dan testimonio de la **explotación económica** particular de Llano Grande en la época de la Colonia"; y admite que con base en ese hecho prospere, dentro de reciente doctrina de la Corte, la pretensión de la Compañía avisante.

Como consecuencia de lo expuesto, es el caso de declarar que en las tierras a que se refiere el presente aviso de exploración, por haber salido del patrimonio del Estado antes del 11 de octubre de 1821, en virtud de justa prescripción, puede la Compañía avisante explorar y explotar petróleo, pues ha satisfecho el presupuesto de la Ley 160 de 1936.

FALLO:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECIDE que es fundada la pretensión de la **Compañía de Petróleos Shell de Colombia,** de explorar y explotar petróleo en las tierras mate-

ria del presente aviso y cuya alinderación se expresa al principio de esta sentencia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez. Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

PRESUNCION DE CULPA

La teoría de las presunciones de culpa en algunos casos de responsabilidad delictual, en los que excepcionalmente se deroga en juicio la regla general ACTORI INCUMBIT PROBATIO, se explica por la ocurrencia de hechos dañosos que por su naturaleza misma excluyen la culpa, la intervención, la negligencia de la víctima. Basta citar a título de ejemplo los descarrilamientos y choques de trenes, los siniestros automoviliarios o de aviación, que hacen víctimas al pasajero desprevenido, o al espectador o caminante, que de un momento a otro se ve sorprendido por la catástrofe. En esos casos y otros semejantes, en que la víctima nada ha podido prever, porque apenas ha desempeñado un papel meramente pasivo, sería irrazonable exigirle pruebas de que el daño se debe a culpa originada en descuido o negligencia de quien lo causó. Por eso la genuina doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casación y de Negocios Generales, es la de que la presunción de culpa, que se encuentra consagrada en el artículo 2356 del Código Civil "opera en favor de la VICTIMA PASIVA del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad". (G. J. Tomo 46, página 216). Pero la presunción de culpabilidad es inadmisible en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado se produce un daño. Entonces desaparece la consideración en que la presunción se apoya, consistente en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo tampoco pudo tener el poder de preverlo, debido a la posición que ocupaba cuando lo sorprendió el hecho lesivo, de elemento completamente ajeno y extraño a la ejecución de este hecho. El empleado que por cuenta de otro que tiene el carácter de dueño, dirige o maneja una cosa como automóvil, locomotora, aeroplano, etc., esta obligado ante el dueño a cumplir correctamente la función encomendada. Sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar daños en la máquina, en el mismo grado en que lo estaría el propio dueño si él fuera su conductor; y aún tiene otro deber jurídico que no tiene el dueño, originado en su posición de dependiente, consistente en cuidar de la conservación de la cosa, impidiendo, mientras la tenga en su poder, que se destruya o deteriore. De consiguiente, si sobre el dueño gravita la obligación de conducir, con extrema diligencia, cuando él accione sobre la cosa, el empleado tiene exactamente igual compromiso tanto en relación con terceros como con el propio dueño. Esto es obvio. Por lo tanto, si conduciendo sufre un accidente y se lesiona, no puede presumirse la culpa del dueño en el acaecimiento del hecho para los efectos de indemnizar al empleado, pues el accidente ha sido hecho propio del conductor, y las personas responden de sus hechos y sufren sus consecuencias. Por el hecho de otro, en materia de responsabilidad delictual no hay presunción de culpabilidad distinta de la que recae sobre la persona bajo cuyo cuidado o dependencia está la causante del daño, según los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil. Mas esta presunción, basada en los deberes de vigilancia o mala elección, está creada en favor de los terceros, víctimas del daño.

El empleado causante directo del daño está lejos de contarse entre estos terceros, en relación con el empleador, pues él a su vez debe responderle a éste del daño originado en su hecho personal (artículo 2352, C. C.), en virtud del vínculo jurídico que las ata y que lo obliga a ejercer la función encomendada con sumo cuidado y diligencia para evitar el daño de la cosa, el daño a terceros y aún el del propio empleado, que pueda repercutir sobre otros, incluyendo al empleador. En consecuencia, el empleado o dependiente que en ejecución de las funciones de conductor, chofer, maquinista, piloto, mecánico, obrero, etc., se causan daños en los momentos en que actúa, originados en un accidente, en juicio de indemnización civil contra el empleador debe probar la culpa de éste, como requisito esencial para fundar el derecho a la reparación. No presumiéndose, la prueba de la culpa del dueño o empleador es necesaria. Originándose las lesiones en hecho cuyo autor inmediato y visible es el empleado, éste

tiene que acreditar satisfactoriamente que ese hecho es el resultado necesario de actos u omisiones del empleador, de gravedad equivalente a la culpa. Es decir que en casos tales no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de ACTORI INCUMBIT PROBATIO.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre ocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La señora Florencia Córdoba viuda de Abadía, en propio nombre y en representación de sus menores hijos legítimos Rosa Elisa, César y Alvaro Abadía Córdoba, con libelo presentado ante el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de apoderado, demanda a la nación colombiana para que se le condene al tenor de las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que Colombia debe rendir homenaje de gratitud y honrar la memoria del señor Teniente de la Aviación nacional, Comandante de la Escuadrilla de Caza, don César Abadía, quien perdió la vida en ejercicio de las funciones que el Gobierno Nacional ordenó en el campo de Santa Ana, jurisdicción de este Distrito Judicial, el día veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho y en supremo esfuerzo salvó la vida o integridad personal del Jefe y altos funcionarios y personajes del Estado y de las naciones amigas y libró a la Patria de máximas pérdidas y penas, y erigirle un monumento conmemorativo en el lugar que destine el Gobierno.

"SEGUNDA—Que la Nación debe pagar dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo el valor de la indemnización de todos los perjuicios morales y materiales que la señora viuda e hijos de la víctima han sufrido y sufran por causa de la muerte del esposo y padre de mis representados, señor don César Abadía, que se estima en más de sesenta mil pesos moneda legal, o la suma que se determine durante el juicio o en el cumplimiento del fallo.

"TERCERA—Que la parte demandada debe pagar, dentro del mismo término, además del valor de la indemnización civil de que trata la petición precedente, el seguro de vida, recompensas y auxilios y demás prestaciones que indican las leyes sobre empleados públicos y accidentes del trabajo que no se opongan a la primera indemnización solicitada en la súplica segunda".

Los hechos fundamentales de donde la demandante pretende deducir la acción son los siguientes:

"I) Por cuenta de la Nación fueron adquiridos los aparatos de la aviación oficial y ella es dueña de ellos y por esto y por la peligrosidad que tales elementos y sus accesorios entrañan, responde civilmente;

"II) Esa adquisición la hizo el Estado colombiano por medio de sus agentes y con falta de la debida diligencia, cuidado y tecnicismo, sin el previo estudio de las condiciones atmosféricas de las regiones en donde iba a disponer que funcionaran esos aparatos y sin el previo, acondicionamiento científico de las máquinas y sus capacidades para actuar, con el menor riesgo posible, en esas zonas; y por esto responde la Nación;

"III) Así, el Gobierno Nacional estableció y organizó la Aviación Nacional y ésta ha funcionado bajo su orden, control y cuidado y vigilancia y responde civilmente, tanto a los aviadores como a sus familias por los daños y pérdidas que les sobrevenga por causa de cuanto llevamos expuesto;

"IV) El Gobierno Nacional ordenó, dispuso y pudo controlar y evitar, el vuelo y maniobras de la aviación en el Campo de Santa Ana, jurisdicción de este Distrito Judicial, el día veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho; pero no obtuvo previa y oportunamente los estudios técnicos de las condiciones atmosféricas para el día, hora, etc., en que se debía verificar aquel vuelo y maniobras con evidente falta de la diligencia y cuidado a su cargo;

"V) El Gobierno Nacional no obtuvo los dictámenes técnicos acerca del estado de los aparatos y accesorios y combustibles, y acerca del estado orgánico de los aviadores que debían actuar bajo su cuidado y por su orden en el vuelo y maniobras del Campo de Santa Ana el día 24 de julio de 1938;

"VI) El Gobierno Nacional no hizo conocer del público y en especial del señor Abadía, previamente, prohibición especial alguna acerca del vuelo y maniobras, lugar y fecha; y acostumbra estimular y premiar el mayor arrojo y valentía de los militares en servicio;

"VII) El señor Teniente de la Aviación Nacional y Comandante de la Escuadrilla de Caza don César Abadía gozaba de perfecta salud, y emprendió el vuelo en el aparato que le designó el Gobierno el día 24 de julio de 1938, y ejecutó las maniobras previstas y ordenadas, y pereció en el lugar y fecha ya indicados en ejercicio de sus funciones y sin contravenir órdenes prohibitivas previamente conocidas por él y el público;

"VIII) El aparato de Caza que se le designó al mencionado señor aviador adolecía de algunos defectos y estaba recientemente llegado de viaje al Sur del país y no se le quitaron el tanque accesorio para los largos viajes ni el radio y otras cosas inconvenientes para el vuelo de acrobacias;

"IX) Es decir, que la parte a cargo del cuidado y vigilancia de parte de la mecánica y preparación de las máquinas para los vuelos no se observó ni cumplió debidamente, lo mismo que la relacionada con la parte médica oficial respecto del personal de la aviación y especialmente del señor Abadía;

"X) Además, el aparato asignado al señor Abadía había prestado ya largos usos y servicios;

"XI) El señor don César Abadía ingresó a la Aviación Nacional previo acuerdo de voluntades con el Gobierno Nacional y éste se obligó a rodearle de todas las garantías debidas y seguridades tanto respecto del aparato, accesorios y combustibles, como en lo relacionado a órdenes que aquél debía obedecer con previo aviso y en la confianza de que el Gobierno hubiera ejecutado las debidas, diligentes y cuidadosas previsiones y estudios técnicos del caso, cosas que no cumplió el Gobierno en lo relacionado con la persona del aviador, maquinaria, accesorios, combustibles y condiciones atmosféricas de la hora y lugar en donde se ejecutaron las maniobras;

"XII) El Gobierno debe tener y tiene médico para los aviadores especialmente. Pero respecto de la persona del Teniente Abadía, no se cumplió con deber alguno sobre el particular de parte del Gobierno y su subalterno;

"XIII) El señor don César Abadía, Teniente de Aviación y Comandante de la Escuadrilla de Caza oficial, permaneció prestando sus servicos admirablemente por voluntad del Gobierno Nacional quien lo fue ascendiendo debido a los méritos y capacidades superiores de aquél, y seguramente lo habría ascendido cada vez más porque el Teniente Abadía era no sólo honor de la aviación Colombiana sino que era admirado por extranjeros aviadores de renombre y considerado como un gran aviador;

"XIV) El señor don César Abadía en el día de las maniobras decretadas por el Gobierno Nacional en el campo y fecha mencionados, ejerció un dominio perfecto sobre el aparato y hasta donde éste funcionó correctamente y debido a su valor y esfuerzo supremos logró poner a salvo la vida o integridad personal del Jefe y altos funcionarios y personajes del Estado y de las naciones amigas allí presentes, sacrificando así su propia vida, por lo cual es acreedor a todos los máximos honores que los pueblos deben tributar a sus grandes servidores, porque, además, salvó a Colombia de máximas pérdidas y penas;

"XV) Pero el Gobierno nacional no ha cumplido ese deber sino que, por el contrario, ha permitido o tolerado, pudiéndolo evitar, que queden en el ambiente y en el ánimo del público, sugestiones y cargos que afectan el honor y memoria del mártir aviador, ha negado el seguro, auxilios y recompensas debidos a la esposa e hijos de la ilustre víctima y con todo esto ha causado gravísimos perjuicios morales y materiales a éstos, que está en la obligación de reparar el Estado;

"XVI) El Gobierno nacional no hizo practicar la autopsia del cadáver de la víctima del siniestro, ni citó ni oyó a los deudos y familiares del finado para las diligencias de inspecciones oculares y reconocimientos del aparato, su estado y levantamiento de los restos después del siniestro, abusando así del derecho y desconociendo el de mis mandantes para intervenir en esas diligencias delicadísimas y trascendentales. Y designó el Gobierno primero a individuos nada hábiles ni técnicos para estudiar y dictaminar acerca del siniestro y sus causas verdaderas;

"XVII) Las pequeñas sumas que algunas leyes sociales ordenan pagar por seguro de vida, auxilios y recompensas a los empleados públicos; son en calidad de gratificación y recompensa por razón de servicios prestados, pero en manera alguna derogan las leyes civiles ni pueden interpretarse como que reducen a esas sumas el valor total de las indemnizaciones debidas por razón de los daños y pérdidas que los hogares y familiares de la víctima recibieron y sufran por causa de un accidente o siniestro con pérdida de

la vida y persona y protección, dirección y demás bienes que para un hogar y familia representa el esposo y padre ejemplar, como lo fue para los suyos el esposo y padre de mis representados; sería absurdo e injusto que un ciudadano particular, quizá de inferior categoría y valor, se estimara en más en Colombia para los suyos que un joven virtuoso, activo, diligente, capacitado para todos los triunfos en la vida y lleno de los más altos designios y aspiraciones para con su esposa e hijos, como don César Abadía;

"XVIII) El señor don César Abadía (q. e. p. d.), tenía cuando más treinta años de edad en la fecha de su fallecimiento y dada su normalidad, orden y correcto régimen de vida, en medio ambiente social y físico como en el que vivía, habría vivido por lo menos treinta y cinco años más;

"XIX) El señor don César Abadía era sumamente ordenado, juicioso, activo, virtuoso y diligente y apto, y devengaba no menos de diez pesos diarios para atender a la congrua subsistencia de su esposa e hijos mencionados. Por tanto, los perjuicios demandados valen más de sesenta mil pesos;

"XX) En fin, por todos los aspectos la Nación responde y está obligada a indemnizar a mis representados de todos los perjuicios morales y materiales que sufrieron y sufran por causa de la muerte del señor don César Abadía (q. e. p. d.), en el siniestro de Santa Ana, el día veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y ocho".

El señor fiscal del tribunal, como representante del Estado, contestó la demanda oponiéndose a todas sus pretensiones. Acusa al Teniente César Abadía de haber sido el principal causante del accidente en que perdió la vida, debido a que "contravino a reiteradas e inmediatas órdenes superiores, por él bien conocidas; a las más elementales nociones de la técnica, a pesar de su reconocida pericia, y a universales normas reglamentarias". Niega que el aparato del Teniente Abadía se hallara en condiciones inconvenientes para el vuelo y por último, "Niego —dice— por todos sus aspectos el pretendido derecho de la parte actora, así en cuanto se refiere a cualesquiera indemnización pecuniaria por causa del fallecimiento de quien originó la tremenda catástrofe, como por lo que hace a la singular pretensión de que en el mismo sitio en que ésta ocurrió, en el suelo mismo qué humedeció la sangre de tántas y tan preciadas víctimas, sacrificadas por el propio Teniente Abadía a un temerario, más aún, insensato alarde de vanagloria, se le erija un monumento de glorificación. Los anales de la osadía en estrados no registran un sarcasmo semejante".

El debate ante el tribunal concluyó con la sentencia de primera instancia, adversa a las pretensiones de la parte actora, cuyas solicitudes fueron desechadas quedando la nación absuelta de todos los cargos.

Por recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el negocio subió a la Corte, donde sustanciada la segunda instancia, está en estado de decidirla con el correspondiente fallo definitivo.

Las pruebas del actor

Con la demanda se acompañaron las pruebas del estado civil de los demandantes, las cuales legitiman su derecho a estar en causa. Con ellas se comprueba que César Abadía contrajo matrimonio católico en Cali con la señora Florencia Córdoba; que esta unión procreó a los niños Rosa Elisa, César y Alvaro Abadía; y que el padre pereció en el accidente de aviación ocurrido en el campo de Santa Ana, Usaquén, el 24 de julio de 1938, según la constancia que se dejó en la partida de defunción.

En el plenario del juicio, durante la primera instancia el actor se limitó a producir las declaraciones de Harold Bohmer, Ricardo Nieto y Hermencia Rengifo de Bohmer, de cuyo contenido se hablará luego.

En la segunda instancia, ante la Corte, produjo las declaraciones de Luis Castañeda, Rosendo Pérez, Ricaurte Velásquez, Lucas E. Tovar y Alfredo Santamaría; dos informes del ministerio de guerra, dirección nacional de aviación, acerca del cuestionario que le sometió el abogado de los actores, el cual absuelve en los referidos informes; cuatro ejemplares de los Anales del Senado, correspondientes al mes de septiembre de 1941; y dos ejemplares del periódico de Bogotá llamado **El Siglo**, del 26 de julio de 1938 y 9 de septiembre de 1941, respectivamente.

Las declaraciones de los señores Bohmer y Nieto hablan de las relevantes condiciones personales que adornaban al teniente Abadía como

ciudadano, militar y miembro de hogar; manifestaba siempre los mejores propósitos y aspiraciones en pro de su familia y de la institución de aviación a que pertenecía; era uno de los mejores aviadores de Colombia; ejecutaba constantemente vuelos de aviación, sin que nunca se hubiera oído decir que hubiera sufrido algún accidente; no tenía motivos para quitarse la vida, pues siempre quiso conservarla y hacerla cada día más digna de su patria y de su familia; por todas estas circunstancias es injusto y arbitrario imputarle culpa al teniente Abadía en el desarrollo del accidente de aviación en que perdió la vida.

Tal es la síntesis de la declaración casi uniforme de los tres testigos Bohmer y Nieto.

El segundo grupo de testigos, constituído por los señores Castañeda, Pérez, Velásquez, Tovar y Santamaría, que concurrieron como espectadores a la revista militar que se celebró en Santa Ana el 24 de julio de 1938, contemplaron el desarrollo de todos los vuelos de los aviadores hasta el momento en que el avión del teniente Abadía se precipitó a tierra. Se transcribe la declaración del señor Santamaría, que es el testigo que declarando sobre los mismos hechos relatados por los demás testigos, suministra más detalles:

"Me consta personalmente, por haber concurrido y observado atentamente la revista que con motivo del cuarto centenario de Bogotá ordenó el Gobierno Nacional y se ejecutó el día 24 de julio de 1938 en el Campo de Santa Ana que en dicha fecha y lugar se estrelló un avión del último grupo que voló sobre dicho campo y se incendió y pereció el aviador César Abadía, que gozaba de fama de gran piloto nacional. Preguntado por el punto 3) contestó: De manera especial me llamaron la atención las maniobras de aviación que se efectuaron y por esta razón que primero volaron a baja altura por sobre el Campo de Santa Ana y las tribunas en donde estaban el Presidente de la República, sus Ministros, altos funcionarios del Estado y de Naciones amigas muchos aviones cuyo número no puedo precisar, ejecutando en conjunto pasadas por sobre dichas tribunas y el campo mencionado; luego por grupos de escuadrillas más o menos de tres ejecutaron diversas maniobras por sobre dicho campo y las tribunas y se fueron retirando hasta que llegó el turno al último grupo o escuadrilla que volaba hacia el norte de las tribunas, a una altura que no puedo precisar. Los aviones descendieron ejecutando vertiginosas y peligrosísimas maniobras acrobáticas, como hundiéndose en el espacio y volviendo a tomar altura, o volando invertidos y otras pruebas, hasta una altura más o menos de quinientos metros. Al final, el aparato que iba adelante volvió a elevarse un poco más de quinientos metros, entonces se sintió un ruido muy semejante a el que ocurre cuando se ahoga un motor de un automóvil, el avión patinó cayéndose vertiginosamente en forma tan espantosa que el declarante creyó que iba a aplastar las tribunas pero alcanzó a levantar un poco un ala y logró pasar rozando el techo de las tribunas para caer después con fuerte explosión detrás de las mencionadas tribunas. Preguntado sobre el punto 4) contestó: tengo la convicción de que el accidente se debió a daños en el aparato y no a impericia del aviador porque yo vi el día anterior al mismo piloto hacer esa prueba a diez metros de altura en la ciudad universitaria; si el aparato hubiera obedecido, el aviador hubiera podido evitar el accidente volviendo a tomar altura. Preguntado por el punto 5) contestó: Después del accidente tuve oportunidad de observar personalmente que los hilos de la dirección se encontraban rotos y escuché que algunos militares manifestaron que los hilos de la dirección se encontraban rotos; no parecía que los hilos de la dirección se hubieran roto en el accidente sino que se encontraban dañados con anterioridad a él. Los militares a que me refería anteriormente mostraban un tanque de gasolina todavía prendido que estaba adherido a los restos del avión que presentaba roturas en varias partes y estaba ennegrecido por el fuego. Mostraban también varias perchas de ametralladoras que fueron encontradas dentro del avión, lo mismo que un radio grande despedazado. Preguntado por el punto 6) contestó: Vi en el campo, en la dirección en que cayó el avión banderitas que parecían señalar un campo de aterrizaje de emergencia.

"Leída esta declaración fue aprobada por el declarante y en constancia firma. Estando en este estado la declaración, el declarante advierte que los aviones que seguían al de Abadía ejecutaron la misma maniobra que éste y esos aviones sí obedecieron a la dirección por la cual no ocurrió más accidente. El declarante agrega también que funda la suposición referente a la rotura de los

hilos de la dirección del aparato en que en el momento de ahogarse el carburador la máquina perdió altura y el piloto intentó forzarla para que la recobrara. Este esfuerzo violento no lo resistieron los hilos o cables de la dirección los que se reventaron dejando sin control el aparato. Yo vi los cables destorcidos y con filamentos desprendidos antes y después del sitio en que ocurrió el reventamiento; circunstancia en que fundo mi suposición de que los cables no ofrecían, antes del accidente, su plena integridad y garantía".

Los informes de la Dirección Nacional de Aviación rendidos en la segunda instancia, sobre hechos relacionados con el Teniente Abadía y el avión que él piloteaba cuando se estrelló, absuelven varias cuestiones; los puntos que se transcriben a continuación, tomados de esos informes, son los que aparecen subrayados a lápiz por el abogado de la demandante, con el objeto seguramente de llamar la atención sobre ellos, por considerarlos importantes:

"Antecedentes militares. Ingresó a la Escuela Militar de Cadetes según Decreto Nº 225 del 14 de febrero de 1927. Grado militar; El 5 de diciembre de 1931 salió de subteniente. **Observaciones:** Certificó la muerte el doctor González Arenas, Médico del Batallón "Bolívar". El cadáver fue sepultado en la ciudad de Cali —Departamento del Valle del Cauca—, en el cementerio de dicha ciudad. Levantamiento del cadáver: no hubo diligencia".....

"Al punto b) Historia del aparato Hawk 826: Comprado nuevo a la Curtiss Wright en el mes de agosto de 1934 por la suma de $ 32.688.53. Construído en 1934. Su primer vuelo en Colombia se realizó el 1º de marzo de 1935...."

"Horas de vuelo: El avión 826 hasta el día 24 de julio de 1938 tenía un total de horas de vuelo de 126 horas 20 minutos. El total de horas de vuelo del motor montado en dicho avión y computadas hasta el 30 de junio de 1938 era de 631 horas 50 minutos. El Hawk 826 el día del accidente llevaba los siguientes accesorios: 1 tanque auxiliar, dos perchas para bombas (vacías), dos ametralladoras sincronizadas (sin munición), 1 transmisor de radio que pesaba 12 libras. Al punto c) El Teniente Piloto César Abadía fue designado para actuar en la Revista Militar del 24 de julio de 1938 como Comandante de la Escuadrilla compuesta con los aviones Hawk...."

"Al punto g). El avión Hawk Nº 826 viajó a la Base de Tres Esquinas el día 28 de junio de 1938 y regresó el 18 de julio del mismo año. El Teniente Abadía en los días 22 y 23 de julio de 1938 practicó ensayos para la Revista Militar del 24 del mismo mes; en uno de esos ensayos cometió —una falta contra el Reglamento de Vuelo, lo que lo hizo acreedor a una llamada de atención—. Al punto h). El Teniente Abadía en su vida de piloto efectuó varios vuelos sobre la sabana de Bogotá y aterrizó varias veces en los aerodromos de la Base de Madrid y Techo...."

"La velocidad que se requiere para las maniobras acrobáticas depende de la maniobra que se quiera ejecutar, pues, no todas las que se pueden realizar, requieren el máximum de velocidad, ya sean en guerra o en paz. Al punto k). La distancia entre el tanque de Usaquén y el campo de Santa Aña es de trescientos ochenta y cinco metros con cinco centímetros (385,05 mts). Al punto l). La altura de la zona comprendida entre el tanque de Usaquén y el campo de Santa Ana en relación con el nivel del mar es más o menos la misma de Bogotá, o sea la de 2.640 metros."

En los Anales del Senado y el periódico "El Siglo", se lee la relación de debates en el recinto del Senado de la República, correspondientes a varias sesiones de la Corporación, y los discursos pronunciados por algunos senadores a propósito del accidente aéreo de Santa Ana, en los cuales se habla de deficiencias de los aparatos de aviación militar, de descuidos e imprevisiones en la organización de los servicios de aviación, todo lo cual ha sido, en concepto de los oradores, la causa de la mayor parte de los siniestros aéreos en que perecieron numerosos aviadores militares y destruídose muchas máquinas de vuelo.

Las pruebas de la Nación.

A solicitud del señor fiscal del tribunal de primera instancia, al expediente vinieron los siguientes documentos oficiales en copia, relacionados con la realización de la revista militar aérea del 24 de julio de 1938, en Santa Ana, Municipio de Usaquén:

a) El oficio Nº 230 de 8 de febrero de 1938 del General Inspector de las Fuerzas Militares dirigido al director general de la aviación y marina, en que el primero le anuncia al segundo el propósito del Gobierno de efectuar en Bogo-

tá una concentración de tropas con fines a la parada militar en proyecto para el 24 de julio siguiente;

b) El oficio Nº 2130 de julio de 1938 dirigido por el General Inspector General de las Fuerzas Militares a la Dirección General de Aviación en que le remite "la directiva elaborada por esta Inspección para la Revista Militar".

c) La "Orden de operaciones Nº 3" fechada el 12 de julio de 1938 "general para los desfiles aéreos que tendrán lugar con motivo de las fiestas centenarias", expedida por el Mayor Jorge Méndez Calvo en su carácter de Director General de la Aviación. En esa orden figuran, entre otros los siguientes puntos, sobre los cuales ha llamado la atención el apoderado de los demandantes:

"a) El día 24 del presente mes tendrá lugar en el campo de "Santa Ana" de esta ciudad un desfile militar con participación del Ejército y las Fuerzas Aéreas....".

"Nómbrase Comandante del Escuadrón que tomará parte en las actividades, motivo de la presente orden, al Jefe de la Sección de Operaciones de la Dirección General de Aviación, señor Capitán Jesús M. García B., y Ayudante del mismo al Jefe de Tránsito Aéreo de la Sección de Operaciones, señor Teniente Hernando Santos".

"El Escuadrón deberá integrarse con el siguiente personal:

12 Pilotos de P - T y uno de reserva;
6 Pilotos de Falcon y uno de reserva;
9 Pilotos de Hawks y uno de reserva;
3 Pilotos de Trimotor JU y dos de reserva;
3 Copilotos de Trimotor JU;
33 Mecánicos para todas las máquinas.

Las órdenes para el alistamiento del material volante ya fueron dictadas a las Bases de Palanquero, Cali y Tres Esquinas. Está dispuesto asimismo que la gasolina existente en Neiva se transporte a la mayor brevedad, a Tres Esquinas, a fin de que cuatro Hawks y un trimotor JU se trasladen de esta Base a Palanquero, como también el despacho inmediato de la gasolina necesaria de Palanquero a Madrid, de la que debe llegar a Puerto Salgar a fines de la presente semana en uno de los vapores de la Compañía de Transportes "LINDEMEYER". Palanquero deberá enviar asimismo a Madrid dos carros tanques para el aprovisionamiento del combustible".

"10º La Sección de Radio y Aerología colocará estaciones transmisoras y receptoras en los campos de Santa Ana y Techo para el enlace radiotelefónico entre el Director General de Aviación y el Comandante del Escuadrón".

"11º El Comandante del Escuadrón elegirá un campo de emergencia en las proximidades del Campo de "Santa Ana" y tomará medidas para su acondicionamiento y reconocimiento por parte del personal volante".

"12º Facúltase al Comandante del Escuadrón para dictar las órdenes y disposiciones para la preparación y ejecución de los desfiles, quedando la responsabilidad y el éxito de los mismos a cargo de aquél".

d) La "Orden de desfile y maniobras" que se copia integramente, firmada por el Capitán Jesús M. García B., Jefe de Operaciones:

ORDEN DE DESFILE Y MANIOBRAS

"1º Se hará una pasada del conjunto de máquinas por sobre las tribunas así:
Aviones P. T. 150 metros.
Aviones Falcon, 250 metros.
Aviones Hawk 350 metros.
Aviones JU-52, 450 metros.

Las formaciones serán de acuerdo con el esquema anterior.

"2º Terminada la primera pasada en conjunto del Escuadrón, los aviones JU procederán a aterrizar".

"3º Después de la primera pasada los aviones P. T. regresarán a las tribunas en escalón de máquinas y a una altura de 300 metros iniciará un Lufberry de cuatro vueltas, saliendo de él las máquinas unas tras otras, y procederán a aterrizar".

Los Falcon, también después de la primera pasada y en escalón de máquinas regresarán a las tribunas é iniciarán un Lufberry de cuatro vueltas y en sentido opuesto al de las P. T. Saldrán las máquinas una tras otra y procederán a aterrizar.

Altura para esta maniobra 600 metros".

"Los señores Comandantes de las escuadrillas de P. T. y Falcon cuidarán de que se mantenga la altura de 300 y 600 metros, respectivamente, durante la ejecución del Lufberry".

"4º Terminado el Lufberry de los P. T. y Fal-

con, el Comandante y ala Nº 2 de la tercera patrulla de Hawk se separarán del conjunto y ejecutarán maniobras de combate sobre las tribunas. Altura mínima 500 metros. Tiempo 10 minutos.

Terminadas estas maniobras las tres máquinas de la 3º patrulla formarán de nuevo en V, en espera de que las máquinas de que trata el punto 5º terminen su demostración".

"5º Seguidamente, la primera patrulla de Hawk más el Comandante y ala Nº 3 de la segunda patrulla, quienes formarán en V de máquinas, ejecutarán Loops en formación y Fleur de lis, a una altura que en ningún caso debe ser menor de 500 metros. Tiempo 10 minutos".

"6º A continuación, la tercera patrulla y el ala Nº 2 de la segunda patrulla se unirán a las cinco máquinas de acrobacia y en formación de escalón de máquinas, los nueve Hawks vendrán sobre las tribunas y ejecutarán una carrera de ratón a una altura no menor de 500 metros. Tiempo 15 minutos.

Terminadas estas maniobras las máquinas procederán a aterrizar".

e) El informe rendido por el Director General de la Aviación, Mayor Jorge Méndez Calvo, el 29 de julio de 1938 al doctor Jorge Isaacs, Auditor adhoc, sobre los preliminares y desarrollo de la revista aérea del 24 de julio, en Santa Ana y posibles causas del siniestro del avión piloteado por el Teniente Abadía. En este documento el Mayor Méndez concreta así sus apreciaciones, sobre las causas del accidente:

"De los hechos anteriormente anotados y teniendo en cuenta las órdenes dictadas, se deducen las siguientes conclusiones en relación con las maniobras realizadas por el Teniente Abadía:

"1º Desobedeció la orden de efectuar las maniobras al norte del campo de Santa Ana sobre el tanque de la Estación de Usaquén.

"2º Desobedeció la orden de efectuar las maniobras a una altura no inferior a ciento cincuenta metros.

"3º Violó la prohibición de carácter permanente y universal de efectuar maniobras acrobáticas sobre agrupaciones de personas al aire libre".

f) El dictámen de los señores Capitán Francisco Santos, Capitán José J. Forero, ingeniero Luis Gómez Grajales, é Inspector técnico Justino Mariño, quienes con excepción del último presenciaron la revista de Santa Ana, "Acerca de las causas inmediatas de orden técnico que originaron el lamentable siniestro aéreo de Santa Ana, teniendo en cuenta las circunstancias de las maniobras objetivamente apreciadas durante la revista". Este informe lleva fecha 27 de julio de 1938. Dicen en su dictamen los mencionados señores:

"El Teniente Abadía terminó una "picada" a unos 30 metros de altura sobre el nivel del suelo e inició un rollo lento descendente en dirección norte a sur. Terminada la primera parte del rollo se mantuvo algunos instantes en vuelo invertido, sensiblemente a la horizontal, y luégo ejecutó la segunda parte del rollo en la misma inclinación. Al terminarlo perdió altura debido a una pequeña patinada a la salida de tal maniobra e inmediatamente inició un viraje sobre la derecha".

"El conjunto de las maniobras descritas tuvo lugar al norte de las tribunas y frente a la marcada con el número nueve en el plano del "Campo de Marte". Al terminar dichas maniobras la altura del avión sobre el techo de la mencionada tribuna era aproximadamente de unos 10 metros, lo que hace unos 20 metros sobre el suelo".

"El viraje que inició entonces debía colocarlo con frente al noroeste y llevarlo sobre el campo de las maniobras militares por encima de las tribunas y pasando muy cerca del extremo oeste de la tribuna número 2. Para ejecutar con éxito esta maniobra sólo podía perder unos cinco metros de altura pero debido a la densidad atmosférica (presión normal en la Sabana 560 m.m.) y al corto espacio de que disponía para terminar esta curva con éxito (100 metros aproximadamente) la máquina patinó y fue a chocar con la rueda derecha contra el borde occidental de la tribuna número 2 (Diplomáticos). Al chocar la rueda mencionada contra el techo metálico y el maderamen que constituía ese borde y gracias a la sustentación que tenía la máquina por la velocidad que llevaba ésta saltó invirtiendo el sentido de la curva, seguramente ayudada por la acción de los comandos en el mismo sentido, por parte del Piloto. Perdiendo la velocidad cayó entonces hacia el suroeste llevándose con la punta del ala derecha la escalera de acceso al segundo piso de la Tribuna Presidencial. Este nuevo choque cambió la dirección del aparato ligeramente hacia el oeste haciéndolo chocar con-

tra el suelo detrás de la Tribuna Presidencial donde se inició el incendio. El avión saltó incendiándose para ir a caer cerca del lugar donde se encontraba la Estación de Radio de campaña al servicio de la Dirección General de Aviación y siguió de ahí, arrastrándose sobre el suelo por efecto de la fuerza de inercia, hasta el lugar donde se encuentran hoy los despojos'.

"El hecho de iniciar una maniobra acrobática a unos 30 metros de altura sobre el suelo de la Sabana de Bogotá, con una presión atmosférica de sólo 560 m.m. y sobre un campo recalentado por el sol y colmado de multitud, donde podía preverse la presencia de zonas atmosféricas enrarecidas por efectos térmicos, constituye un error técnico por parte de cualquier piloto experto en acrobacias".

"El mantenerse en vuelo invertido, aunque fuera por pocos instantes, dentro de las circunstancias anotadas y especialmente a la altura en que se encontraba sobre el campo, constituye una nueva temeridad que también debe considerarse como error en un piloto experimentado".

"La terminación del rollo lento no ofrece crítica ninguna y la pérdida de altura por patinada a su terminación es normal en tal ejercicio dada la altitud y las condiciones atmosféricas en que se ejecutaba."

"Lo que resulta incalificable, por la magnitud del error que comprende, es la última maniobra de viraje de ciento treinta grados que pretendió ejecutar entonces, a sólo 20 metros de altura y casualmente sobre la zona en que era casi segura la presencia de un enrarecimiento atmosférico proveniente de la irradiación del sol sobre un piso desnudo de vegetación y colmado de gentes. Se agrega además, como agravante, la presencia de esa muchedumbre y el reducido espacio de que disponía para poder coronar con éxito su temerario intento."

"Dentro de las condiciones anotadas resulta normal la patinada sufrida por la máquina como consecuencia de fenómenos puramente aerodinámicos y en ningún caso como falla en el funcionamiento mecánico del aparato, cuyos órganos motores así como su estructura y comandos se encontraban en excelentes condiciones ....".

"La forma rápida en que se provocó el incendio, la ausencia de rastros de fuego sobre el terreno en el lugar en que éste se produjo y el hecho de no haberse encontrado ninguna víctima carbonizada, indican que el motor estaba funcionando cuando el combustible se derramó de los tanques rotos. Lo mismo indica la posición en que encontramos el swich en los escombros. Por otra parte, la manivela del acelerador estaba en máximum de su apertura. Todo lo cual y la forma como aconteció el siniestro según lo dejamos descrito, nos demuestra que el Teniente Abadía trató de controlar su máquina hasta el último momento; sus esfuerzos contribuyeron, en parte, a que el desenlace de aquél no alcanzara proporciones mayores".

"El examen detenido de los restos del avión nos confirma en la fundada opinión de que el material se encontraba en perfecto estado de servicio pues todas las roturas aparecen como consecuencia de los repetidos y fortísimos golpes recibidos por éste y no como resultado de vicios o defectos (cristalización, grietas, venceduras, etc.)".

d) El informe que rindió la "Comisión Investigadora, nombrada por Resolución 687 de 1938 (agosto 17) sobre las posibles causas que determinaron el accidente aéreo ocurrido en el Campo de Marte el día 24 de julio del corriente año".

Esta comisión formada por el Mayor Luis A. Rodríguez, quien la presidió; Capitán piloto Jesús García B.; Teniente piloto Nicolás Blanco H.; Teniente piloto Carlos Duarte; y Subteniente piloto Escipión Alvarez.

El 23 de agosto la comisión se trasladó a la Base aérea de Madrid donde se encontraban los restos del avión estrellado, con el fin de hacer un detenido examen de ellos.

"Durante la mañana del viernes 26 —dice la comisión— se reanudó el examen de los restos y en las horas de la tarde se tomaron las declaraciones de los testigos citados por la comisión para declarar sobre la forma como se desarrolló el accidente. La mañana del sábado se dedicó al estudio de las declaraciones y a la elaboración del diseño que acompaño al presente informe; en ello se ocupó igualmente la tarde del mismo día".

Esta comisión no hace mérito de ninguna falta de técnica por parte del Teniente Abadía en el desarrollo de la maniobra al final de la cual se estrelló. Pero coincide con la conclusión de la comisión anterior en que el accidente tuvo por causa el deslizamiento "sufrido por el avión al salir del rollo; agregando que este deslizamiento "fue motivado por no encontrarse los coman-

dos en posición normal en el momento y después de restablecer el avión de la maniobra".

Luégo explica:

"De acuerdo con nuestros conocimientos y nuestra experiencia en este tipo de aviones, dadas las capacidades del Teniente como piloto y teniendo en cuenta que no tiene la Aviación Militar técnicos capacitados para calcuar resistencia de materiales ni las fuerzas a que éstos están sometidos, ya que las pruebas se hacen de una manera empírica, conceptuamos qne el accidente se debió al deslizamiento sufrido por el avión al salir del rrollo y que este deslizamiento fue motivado por no encontrarse los comandos de dirección en posición normal en el momento y después de restablecer el avión de la maniobra".

"La inspección de los restos dió como resultado la observación de que el cable de comando para el patín de cola, accionado por el pedal derecho, sufrió un destorqimiento. Este destorcimiento no se produjo por golpe, pues en tal caso los hilos del cable hubieran reventado por un mismo punto y tendrían la misma longitud; pero se observa que algunos hilos tienen mayor longitud que otros, de donde se deduce que el cable se encontraba en malas condiciones de servicio. Tal destorcimiento trajo como consecuencia el alargamiento del cable y el consiguiente acceso de la articulación a la parte posterior de la última cuaderna del fuselaje cuando el piloto usó el pedal izquierdo a fondo. La articulación a que nos referimos es la que une la palanca de maniobra con el cable de control, como lo indica el diseño que se acompaña. Debido al alargamiento el cable no obró normalmente sobre la articulación, la cual conservó el ángulo que aún presenta; al colocar los pedales en posición neutral la articulación entró en el ángulo formado por las varillas del fuselaje donde quedó trabada; más tarde, ya sea por la fuerza del piloto o por los choques, el cable reventó. Lo más probable es que hubiera reventado antes del choque, porque aparentemente el timón de dirección obró en el último momento para hacerlo girar a la derecha".

La nueva comisión reconoce como la anterior la habilidad como piloto aviador del Teniente Abadía; y tratando de encontrarle alguna explicación a la ocurrencia del deslizamiento del avión hace mérito de esa habilidad cuando dice: "Dada la velocidad que llevaba el avión, no se explica este deslizamiento sino por la falta de colocación adecuada del timón de dirección; esta falta de colocación puede ser motivada por error del piloto o por traba en el comando respectivo. No puede tenerse en cuenta un error de pilotaje, por dos motivos: primero, porque el piloto trató de enderezar la máquina con rapidez al notar la pérdida de altura y es lógico que no podía dejar el pedal a fondo; y segundo, porque esta maniobra ya se había practicado durante los ensayos de la revista sin que se hubiera presentado esta anormalidad para atribuírla a error del piloto. Inmediatamente restablecida la máquina a su posición normal de vuelo, inició un giro a la derecha y uno de los testigos pudo darse cuenta de que el piloto hacía esfuerzos por salvar la tribuna, pues con la pérdida de altura en el invertido y el deslizamiento el avión se encontraba muy cerca de ésta".

Para terminar su informe la comisión deja constancia expresa de que sus apreciaciones no son únicas ni definitivas, "pues son tan solo el resultado más claro y explicable obtenido de las observaciones hechas tanto en el campo del suceso, como sobre los restos del avión, después de que éste sufrió fuertes golpes y deformaciones por éstos y por el fuego".

Aplicación del Derecho.

Las comprobaciones relatadas son las únicas que en el proceso existen y a la luz de las cuales ha de juzgarse la conducta del Estado en relación con el Teniente de aviación César Abadía, examinando dentro del desarrollo normal de las relaciones entre el Estado como dueño del avión, y el piloto Abadía, como su empleado para el manejo de máquinas aéreas, hasta donde las actividades del primero en la preparación del vuelo del 24 de julio y en las órdenes que se le impartieron al segundo por los jefes de la aviación, envuelven con respecto a éste hechos constitutivos de culpa, que fueran la causa visible de su muerte, producida por la caída del avión.

A todo lo largo del juicio el abogado de la parte demandante ha reiterado que ésta tiene una posición favorable, basada en una presunción de culpa en contra del Estado, y según la cual mientras éste como demandado no acredite la culpa del Teniente Abadía en el acaecimiento del accidente, debe condenársela. Pretende apoyarse en doctrinas de la Corte. Para presentar con entera

fidelidad su pensamiento, se transcriben los siguientes párrafos tomados del alegato de conclusión producido durante la segunda instancia:

"Reiteradamente la Corte Suprema de Justicia ha sentado en fallos numerosos desde 1934 a esta fecha que, "en esta clase de juicios el demandante está obligado a probar únicamente estos tres elementos:

"a) El hecho que se imputa; b) el daño causado al patrimonio del demandante por ese hecho; y c) el monto del perjuicio"; y ello "porque la culpa se presume a cargo del autor del hecho lesivo del patrimonio moral y económico del actor demandante". (Folio 12 cuad. Nº 5).

"Creo haber demostrado plenamente en este pleito los elementos que todo demandante está obligado a probar en semejantes casos: a) El hecho o siniestro acaecido el 24 de julio de 1938, consistente en la caída y estrellada de un avión de propiedad de la Nación demandada, que estuvo a su cargo y cuidado y que funcionó por orden del Estado; b) El daño consiguiente en pérdida de la vida del esposo y padre de mis representados, a la edad de 29 años, quien devengaba diez pesos diarios con los cuales atendía a las congruas necesidades de su esposa é hijos y que, por tánto, éstos quedaron privados de esa vida carísima, idolatrada, y la dirección, amparo, protección, cuidados, consejos, amor y sustento que César Abadía les brindaba amorosamente, amplia y diligentemente durante el tiempo total de su vida, que habría sido por lo menos de treinta y cinco años más a partir de la fecha de dicho siniestro; y c) El hecho de que el aviador perdió la vida al servicio del Estado en las maniobras detalladas en la respectiva orden y no otras de distinta naturaleza, y como en manera alguna la entidad demandada ha probado correctamente que dicho siniestro sobrevino por desobediencia o culpa del aviador. Por tanto, las indemnizaciones demandadas tienen amplio respaldo en los hechos, la demanda, las pruebas y las normas de derecho a que me he referido". (Folio 20v cuad. Nº 5).

"La culpa no se presume a cargo de la víctima sino a cargo del amo o patrón; luego para poder imputar la culpa al Teniente Abadía el Estado ha debido probar plenamente el buen estado del aparato y sus accesorios y el cumplimiento de todos los deberes, estudios y medidas previas para asegurar la ausencia de cualquier conflicto, confusión, mayor peligro y fracaso, y consta evidenciado en los autos que nada de eso se cumplió el Estado previamente, sino que, el mayor descuido y negligencia, omisiones é imprevisiones rodearon todo lo relacionado con los aparatos y materiales y reglamentos de nuestra aviación militar." (Folios 23 ibidem).

En el resumen de las alegaciones hechas en la audiencia se repiten los mismos argumentos para defender la presunción de culpabilidad en contra del Estado. Se toma un párrafo que resume al respecto el pensamiento del señor abogado: "En pocas palabras: la entidad demandada no probó caso fortuito, ni fuerza mayor, ni la intervención de un elemento extraño no imputable a su propia culpa, porque ya dejamos demostrado que la presencia de Abadía en esa revista y maniobras como Comandante de la Escuadrilla de caza se debe exclusivamente a culpa de sus superiores inmediatos no obstante lo que ellos mismos le atribuyen como desobediencias y faltas que por sí solas imponían su exclusión de esa revista y maniobras".

El esfuerzo del personero de la demandante, dirigido a que en el presente caso se condene a la Nación demandada por la sola fuerza de una presunción de culpa, derivada del hecho de ser ella la dueña de la nave en que se estrelló el Teniente Abadía, resulta vano, ante la imposibilidad jurídica de aplicar al caso del dicho Teniente las doctrinas de la Corte por aquél citadas.

El Teniente Abadía no fue elemento pasivo y simple espectador de la tragedia del campo de Santa Ana. Al contrario, fue el agente activo que operando sobre la máquina produjo culpable o inculpablemente el accidente, siendo así, cuando menos, su inmediato y primer autor material. Era el técnico con conocimientos suficientes para dirigir el avión, que maniobrando, según las instrucciones que se le habían dado por sus superiores, en un momento dado de las evoluciones, se precipita a tierra con la nave, recibiendo el mayor daño que una persona puede recibir, que es la muerte.

Desaparece así en el caso del pleito la consideración primordial que el derecho ha tenido en cuenta para establecer la teoría de las presunciones de culpa en materia de responsabilidad extracontractual: que la víctima haya sido agente completamente pasivo y extraño al daño que se le ha causado.

La teoría de las presunciones de culpa en algunos casos de responsabilidad delictual, en los

que excepcionalmente se deroga en juicio la regla general de **Actor incumbit probatio,** se explica por la ocurrencia de hechos dañosos que por su naturaleza misma excluyen la culpa, la intervención, la negligencia de la víctima. Basta citar a título de ejemplo los descarrilamientos y choques de trenes, los siniestros automoviliarios o de aviación, que hacen víctimas al pasajero desprevenido, o al espectador o caminante, que de un momento a otro se ve sorprendido por la catástrofe. En esos casos y otros semejantes, en que la víctima nada ha podido prever, porque apenas ha desempeñado un papel meramente pasivo, sería irrazonable exigirle pruebas de que el daño se debe a culpa originada en descuido o negligencia de quien lo causó.

Por eso la genuina doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casación y de Negocios Generales, es la de que la presunción de culpa, que se encuentra consagrada en el artículo 2356 del Código Civil "opera en favor de la **víctima pasiva** del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad". (Sentencias de casación de 14 de marzo de 1938, Gaceta Judicial tomo 46, páginas 216 y de la Sala de Negocios Generales de quince de junio último pronunciada en el juicio ordinario de Ana Dolores Rojas viuda de González contra la nación).

Pero la presunción de culpabilidad es inadmisible en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado se produce un daño. Entonces desaparece la consideración en que la presunción se apoya, consistente en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo tampoco pudo tener el poder de preverlo, debido a la posición que ocupaba cuando lo sorprendió el hecho lesivo, de elemento completamente ajeno y extraño a la ejecución de este hecho.

El empleado que por cuenta de otro que tiene el carácter de dueño, dirige o maneja una cosa como automóvil, locomotora, aeroplano, etc., está obligado ante el dueño a cumplir correctamente la función encomendada. Sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar daños en la máquina, en el mismo grado en que lo estaría el propio dueño si él fuera su conductor; y aún tiene otro deber jurídico que no tiene el dueño, originado en su posición de dependiente, consistente en cuidar de la conservación de la cosa, impidiendo, mientras la tenga en su poder, que se destruya o deteriore.

De consiguiente, si sobre el dueño gravita la obligación de conducir, con extrema diligencia, cuando él accione sobre la cosa, el empleado tiene exactamente igual compromiso, tanto en relación a terceros como con el propio dueño. Esto es obvio. Por lo tanto, si conduciendo sufre un accidente y se lesiona, no puede presumirse la culpa del dueño en el acaecimiento del hecho, para los efectos de indemnizar al empleado, pues el accidente ha sido hecho propio del conductor, y las personas responden de sus hechos y sufren sus consecuencias. Por el hecho de otro, en materia de responsabilidad delictual no hay presunción de culpabilidad distinta de la que recae sobre la persona bajo cuyo cuidado o dependencia está la causante del daño, según los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil. Mas esta presunción, basada en la violación de algunos de los deberes de vigilancia o mala elección, está creada en favor de los terceros, víctimas del daño.

El empleado causante directo del daño está lejos de contarse entre estos terceros, en relación con el empleador, pues él a su vez debe responderle a éste del daño originado en su hecho personal, (artículo 2352 C. C.) a virtud del vínculo jurídico que las ata y que lo obliga a ejercer la función encomendada con sumo cuidado y diligencia para evitar el daño de la cosa, el daño a terceros y aún el daño del propio empleado, que pueda repercutir sobre otros, incluyendo al empleador.

En consecuencia, el empleado o dependiente que en ejecución de las funciones de conductor, choffer, maquinista, piloto, mecánico, obrero, etc., se causa daños en los momentos en que actúa, originados en un accidente, en juicio de indemnización civil contra el empleador debe probar la culpa de éste, como requisito esencial para fundar el derecho a la reparación.

No presumiéndose, la prueba de la culpa del dueño o empleador es necesaria. Originándose las lesiones en hecho cuyo autor inmediato y visible es el empleado, éste tiene que acreditar satisfactoriamente que ese hecho es el resultado nece-

sario de actos u omisiones del empleador, de gravedad equivalente a la culpa. Es decir que en casos tales no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de **Actor incumbit probatio.**

Es así como llégase a la conclusión de que la parte demandante en este proceso, en que se cobra indemnización por la muerte del teniente Abadía, producida en el avión militar que se estrelló cuando él lo estaba conduciendo, tiene que haber dado la prueba plena de que el suceso debióse por entero a la intervención de causas extrañas al piloto, que él estuvo incapacitado para prevenir o conjurar, radicadas en hechos de que fue autor la dirección general de aviación.

Y aquí es oportuno advertir que el criterio jurídico para juzgar y apreciar la culpa del Estado en relación con el teniente Abadía, como piloto que conducía la nave estrellada, se diferencia fundamentalmente del que sirve como medida de la culpa del Estado, o de su órgano, la dirección general de aviación, en relación con los terceros damnificados, que fueron víctimas pasivas en el accidente. Esa diferencia estriba en la posición más favorable que ocupan esos terceros ante el Estado. No es lo mismo haber sido el autor inmediato y material del hecho dañoso, que víctima fatal y ajena a la producción del siniestro. De ahí que lo que en un caso se aprecie como imprudente y peligroso, en el otro caso pueda ser una medida normal. Envuelve peligro en relación con una aglomeración de personas el vuelo acrobático de aviones a baja altura sobre ellas, porque las expone a sufrir las consecuencias del accidente que en tales circunstancias se produce fácilmente, por defectos de la máquina o porque el piloto en un momento dado no acierta a maniobrar con la precisión necesaria. En cambio, está dentro de lo normal que un aviador militar ejecute vuelos acrobáticos aun a baja altura, y el peligro que él corre por esa causa es inherente a la profesión que ha elegido, en la cual se le capacita para ejecutar esta clase de pruebas, que se convierten así en actos ordinarios y comunes de la vida del aviador.

En concordancia con lo anterior, habrá pruebas en el expediente que evidencien que el siniestro aéreo de Santa Ana debióse exclusivamente a hechos u omisiones culposos de parte de la dirección nacional de aviación, que organizó y preparó la revista? O en otros términos: ¿la parte actora cumplió con el deber de acreditar que por efectos necesarios de las órdenes que se le impartieron al teniente Abadía, o por el mal estado en que se hallaba el avión que se le dio para que lo piloteara el 24 de julio, la máquina se precipitó a tierra, sin que el hecho hubiera podido ser evitado por el aviador?

La Sala tiene que absolver negativamente el interrogante.

Las órdenes que se le dieron al teniente Abadía en relación con la ejecución de vuelos acrobáticos sobre el campo de la revista, están contenidos concretamente en el programa de "Desfile y Maniobras", suscrito por el capitán Jesús M. García B., transcrito en el capítulo sobre enumeración de pruebas de la nación.

No se ve, ni se ha demostrado por medio de la prueba conducente que es la pericial, que la ejecución de tales órdenes implicara, en relación con los pilotos que las tenían que llevar a cabo, tal riesgo, que los colocaba en imposibilidad de controlar satisfactoriamente el movimiento de las máquinas, de modo que fuera ínfimo el porcentaje de probabilidades de buen éxito en el vuelo.

De consiguinete, la sola lectura del programa de maniobras y del desfile aéreo sobre el campo de Santa Ana, está lejos de acreditar culpabilidad del Estado en la muerte del teniente Abadía. Para ello habría necesidad de fijar con certeza que a la luz de la técnica, órdenes de esa naturaleza son temerarias por ser de imposible ejecución aun por pilotos experimentados, debido a su incompatibilidad con los principios que gobiernan la aeronáutica.

Tampoco está acreditado que el aparato de caza que se le designó al teniente Abadía, adoleciera de defectos o de daños que lo hicieron inapropiado para el vuelo. El demandante lo afirma en la demanda, sin suministrar otra información al respecto que la basada en que "estaba recientemente llegado de viaje al sur del país y no se le quitaron el tanque accesorio para largos viajes ni el radio y otras cosas inconvenientes para el vuelo de acrobacias" (hecho VIII); y que "además el aparato asignado al señor Abadía había prestado ya largos usos y servicios" (hecho X).

Según la historia de la máquina suministrada en el certificado de la dirección general de aviación, traído al juicio y copiado antes en lo pertinente, el aparato Hawk 826 fue comprado nuevo a la Curtiss Wright en el mes de agosto de

1934. Tenía hasta el día del accidente 631 horas de vuelo. Y en el mismo día llevaba los siguientes accesorios: 1 tanque auxiliar; 2 perchas para bombas (vacías); 2 ametralladoras sincronizadas (sin munición); 1 trasmisor de radio que pesaba doce libras.

Los datos anteriores no revelan que el aparato se hallase en mal estado. Al demandante le correspondía establecer que un aparato de caza con 631 horas de vuelo es defectuoso porque el deterioro de sus motores lo inhabilita para vuelos como los que se detallaron en el programa de la revista; así como también estaba comprometido a demostrar que todos o algunos de los accesorios que la máquina llevaba la sobrecargaron indebida e imprudentemente, sin el consentimiento del teniente Abadía. Estas son cuestiones complejas que el juzgador no puede examinar sin el auxilio de técnicos. Mientras no se diluciden por expertos, toda conclusión de profanos es aventurada.

La misma suerte corren los postulados de la demanda acerca de que el gobierno nacional adquirió los aparatos de la aviación oficial "sin el previo estudio de las condiciones atmosféricas de las regiones en donde iba a disponer que funcionaran esos aparatos y sin el previo acondicionamiento científico de las máquinas y sus capacidades para actuar" (hecho II); y que, "el gobierno nacional no obtuvo los dictámenes técnicos acerca del estado de los aparatos y accesorios y combustibles" (hecho V). Habría que saber la clase de estudios que se requieren para garantizar el perfecto funcionamiento de una máquina aérea en vuelos como los que tenía que realizar el teniente Abadía en el campo de Santa Ana el 24 de julio, y en qué grado la ausencia de esos estudios contribuyó a producir la catástrofe.

El demandante trajo al proceso los periódicos mencionados en la enumeración de las pruebas, con el ánimo de que se tengan en cuenta. Pero la Sala desecha esos elementos por no ser de recibo en un debate judicial. Tales periódicos contienen apreciaciones de oradores en las cámaras y de particulares en comentarios escritos, generalmente desfavorables a la organización que en el país han tenido los servicios de aviación militar, y aun se acusan graves deficiencias señaladas como el origen de numerosos accidentes ocurridos en los mencionados servicios.

Olvida el demandante al pretender que la Corte inspire su criterio de juzgador en las informaciones antedichas, que el procedimiento judicial clasifica la tarifa legal de pruebas a que deben atenerse tanto las partes como el juez, y que ella no menciona ni podía mencionar en calidad de elemento de convicción respecto de los hechos del pleito los conceptos unilaterales que una persona lance por escrito o verbalmente, acerca de los mismos hechos, sobre el mismo pleito, por más elevada que sea la categoría del autor de aquellos conceptos.

En el informe de la segunda comisión investigadora del accidente aéreo de Santa Ana, nombrada por resolución número 687 de 17 de agosto de 1938, presidida por el mayor Luis A. Rodríguez, se concluye que el avión vino a tierra debido al deslizamiento que sufrió al salir de la maniobra del rollo, y que este deslizamiento fue motivado por no encontrarse los comandos de dirección en posición normal. Por la inspección de los restos del avión que hizo la comisión, ésta observó "que el cable de comando para el patín de cola, accionado por el pedal derecho, sufrió un destorcimiento. Este destorcimiento no se produjo por golpe, pues en tal caso los hilos del cable hubieran reventado por un mismo punto y tendrían la misma longitud; pero se observa que algunos hilos tienen mayor longitud que otros, de donde se deduce que el cable se encontraba en malas condiciones de servicio".

Indudablemente si las conclusiones del informe fuesen definitivas, aclararían en mucho una de las causas determinantes del accidente; aun cuando no en el grado de acreditar la culpa del Estado, por haberse encontrado el cable de comando en mal estado, pues todavía quedaría por saber hasta dónde el aviador estaba obligado a conocer las condiciones en que se encontraba el aparato en que iba a verificar los vuelos, según el reglamento del cuerpo a que pertenecía. Lo natural y ordinario es que el conductor del vehículo conozca el estado en que éste se encuentre y repare o haga reparar por quien corresponda los desperfectos que en él observe, con el objeto de asegurar su regular funcionamiento. A menos que por disposición superior la revisión de la máquina esté encomendada a un tercero el empleado debe soportar los daños que a sí mismo se cause por no haber tomado las medidas conducentes a obtener el buen funcionamiento del instrumento colocado bajo su cuidado. Fue también este el criterio en que se inspiró esta Sala,

cuando en sentencia de fecha 26 de marzo de 1943, publicada en la GACETA JUDICIAL, tomo 55, página 411, dijo lo siguiente:

"Acepta ella que el motociclista De Francisco, bajo cuyo inmediato control estaba la motocicleta, tenía la obligación, tanto como conductor de ella, como empleado o dependiente de la Dirección de Circulación y Tránsito, de conocer el mal estado en el funcionamiento de ese vehículo y la de dar cuenta de ello a sus superiores para que se le hicieran las necesarias reparaciones. No era preciso para cumplir estas obligaciones que De Francisco fuera mecánico; pues no se trataba de que él mismo hiciera esas reparaciones ni de que conociera técnicamente en qué consistía el daño de la máquina: bastaba que advirtiera, y esto sí era fácil de conocerlo como conductor, que ella no funcionaba normalmente'

"Más aún: era su deber conocerlo y hacer lo conveniente para evitarlo, pues quien maneja a sabiendas, un vehículo en mal estado de servicio, no sólo expone su vida imprudentemente al peligro, sino la de terceros, con las consecuencias legales que por tal imprudencia se siguieren o derivaren".

Empero, lo anterior se ha expuesto por vía de discusión pues la misma comisión advierte que sus conclusiones no alcanzan a ser definitivas, "pues es tan sólo el resultado más claro y explicable obtenido de las observaciones hechas tanto en el campo del suceso, como sobre los restos del avión después de que este **sufrió fuertes golpes y deformaciones por éstos y por el fuego"**. (Subraya la Sala).

Por último el abogado de la demandante en la demanda (hechos IX y XII), hace mérito, como hecho inductivo de culpa, de que al teniente Abadía no se le practicaron los exámenes médicos de rigor en pilotos militares, por lo cual se ignoraba el estado de su salud. Pero estos asertos de la demanda se desvirtúan con el certificado del folio 66 del cuaderno número 4, en que consta que el piloto Abadía "sufrió todos los exámenes reglamentarios de revisión física y fue declarado apto para continuar actividades de vuelo", según el oficio del médico jefe de la aviación doctor Santacoloma, de 26 de enero de 1938, seis meses antes del accidente. Además el mismo demandante confiesa, en el hecho VII del libelo, que el comandante Abadía, en la fecha del accidente disfrutaba de completa salud.

En suma, el demandante dejó de probar la culpa del Estado en el accidente de Santa Ana. Limitóse a formular afirmaciones y a invocar el mérito de hechos, por sí mismos indiferentes en orden a establecer la culpa, bajo la idea equivocada de que ésta se presume en contra del demandado, cuando ya se dejó aclarado que en el presente litigio sería ilegal partir de la base de semejante presunción.

El tribunal absolvió en la sentencia a la parte demandada. Para ello apoyóse en que el aviador tuvo culpa en el siniestro. Pero la circunstancia de que se dejara de comprobar la culpa del Estado no lleva a la necesidad de tener que calificar en este litigio el grado de culpa del piloto, pues basta para absolver que no se acreditara la responsabilidad atribuída al primero, en relación con el segundo.

Lo dicho es suficiente en orden a rechazar la acción indemnizatoria.

Solicitud de honores al aviador

Junto con la indemnización de perjuicios se pide también en la petición primera de la demanda que se rinda por el Estado homenaje a la memoria del piloto y se le erija en el campo de Santa Ana un monumento conmemorativo.

Considerando esta solicitud como una reparación civil de índole moral debe negarse por consecuencia de la negativa de la petición principal, que sería su fundamento.

Pero además el abogado que formula la petición olvida la índole del juicio civil y el artículo 69 de la codificación constitucional, numeral 18, que atribuye al congreso la potestad de decretar honores públicos a los ciudadanos que hayan prestado servicios meritorios a la patria. Con razón dice el tribunal en el fallo:

"Y es apenas elemental el estimar que nadie tiene derecho a pedir coactivamente tributos de gratitud o el ofrecimiento de honores, mucho menos en forma de estatua o monumento, sencillamente porque la gratitud y el reconocimiento como virtudes efectivas, corresponden a movimientos meramente subjetivos, a algo unilateral y voluntario de la persona que los ofrece; por eso sólo el Congreso, voluntariamente y como intérprete fiel del sentimiento ciudadano podría conocer del querer de la demanda, más sin que nadie fuese admitido a imponerle obligaciones al respecto".

Petición de la demanda sobre pago de un seguro

La tercera petición de la demanda tiende a que se condene a la nación a pagar a los familiares del piloto el seguro de vida y demás recompensas y auxilios especiales de que hablan las leyes sobre accidentes del trabajo para empleados públicos.

El demandante invoca especialmente el artículo 3º de la Ley 196 de 1936, que dice: "Establécese un seguro por cuenta del Estado a favor de las familias del personal técnico de aviación que muera por causas del servicio debidamente comprobadas, seguro cuya cuantía será equivalente al valor del sueldo mensual que devengue el interesado al tiempo de su muerte, multiplicado por treinta, siempre que ésta ocurra en el acto del accidente, o en los seis meses subsiguientes se compruebe que el fallecimiento tuvo por causa directa y necesaria el mismo accidente, y que éste fue fortuito".

El ministerio de guerra, por resolución número 821 de 1938, confirmada por la número 992 del mismo año, procedente del mismo ministerio, negó a los deudos del teniente Abadía el derecho consagrado en la disposición inserta, fundado en que de las investigaciones adelantadas por el gobierno no se deducía que el siniestro había obedecido a un caso fortuito, sino a culpa del piloto, quien había violado órdenes superiores dirigidas a garantizar la eficacia y regularidad del vuelo.

La acción ejercitada por el demandante en este capítulo del libelo concretamente está encaminada, según lo manifiesta el apoderado, a que se revisen las resoluciones antedichas. "En cuanto al seguro decretado por las leyes —dice el apoderado doctor José Hugo Soler en el alegato de la segunda instancia—rectamente atendidas, como vimos atrás, es evidente que cuando la muerte sobreviene en el acto mismo del accidente, la ley no requiere prueba de ninguna naturaleza distinta para pagar el seguro a mis poderdantes, luego tanto el tribunal en el fallo apelado, como en las resoluciones del señor ministro de la guerra se comete muy grave error de hecho en la apreciación del siniestro y la muerte, y también error de derecho e infracción de las normas aplicables al caso".

Y posteriormente el mismo abogado en el nuevo escrito en que resume sus alegaciones orales en la audiencia pública, manifiesta: "Y la tercera petición de la demanda que claramente envuelve la revisión de la resolución del señor ministro de Guerra que denegó el seguro de vida a la viuda e hijos de la víctima fundándose en pruebas unilaterales, contradictorias entre sí, no producidas en la forma legal ni con audiencia de la víctima, sino precisamente negándoles expresamente esa intervención legítima".

Para resolver se considera:

De acuerdo con el artículo 76 del Código Judicial, numeral 3º, a la justicia ordinaria, le compete el conocimiento de los asuntos contenciosos en que tenga parte la nación, cuando la cuestión controvertida verse sobre materias de derecho privado. Entonces los tribunales de distrito judicial conocen de la acción en primera instancia y la Corte en segunda instancia. A virtud de tal disposición el tribunal de Bogotá y la Corte están conociendo de la acción indemnizatoria, basada en daño atribuído a culpa de la nación, porque en ello apenas va envuelta la decisión acerca de la existencia de un derecho de los demandantes, gobernado por disposiciones comunes del Código Civil.

La Ley 196 de 1936, en su artículo 3º crea un seguro por cuenta del Estado en beneficio de las familas del personal técnico de aviación que muera por causas del servicio, en determinadas condiciones. Esta ley establece pues un derecho en favor de ciertas personas. Pero es un derecho excepcional, reglado por disposiciones especiales concernientes al grupo de servidores del Estado del ramo de la aviación nacional. Por consiguiente es una ley esencialmente de carácter administrativo, como todas las normas que fijan la remuneración de los empleados oficiales y las ventajas de que disfrutan en la administración, en calidad de tales.

Siendo así la justicia ordinaria carece del poder de decisión sobre semejante materia. Ella no podría sin menoscabo de la potestad que corresponde a otros poderes entrar a dirimir en un campo que le está vedado.

La justicia ordinaria procedería contra las normas que le fijan sus atribuciones, si entrara a revisar la resolución del gobierno, en que le negó a los familiares del teniente Abadía el pago del seguro establecido por la Ley 196. Ese es un acto típicamente administrativo, constituído por decisión especial, proveniente de autoridad administrativa en ejercicio de funciones propias, que dimanan de la obligación que tiene el gobierno de resolver en cada caso las demandas de los servi-

dores que le reclamen sobre el cumplimiento de las garantías que les ha ofrecido el Estado en los correspondientes reglamentos. Anteriormente la Ley 130 de 1913, y hoy la Ley 167 de 1941, orgánicas de la justicia administrativa, le impiden a la Corte decidir sobre la nulidad o validez de aquel acto del gobierno.

El artículo 78 de la mencionada Ley 130 de 1913 le estaba indicando al demandante el camino que debía seguir para alcanzar la revisión de las resoluciones del Gobierno que le negaron a los familiares del Teniente Abadía el seguro de vida previsto por la ley. El Consejo de Estado era el tribunal competente, con competencia privativa, sobre la acción que equivocadamente ha planteado ante la justicia ordinaria. Pretender que ésta examine esa acción es invitarla a que dirima una controversia de derecho administrativo entre el Estado y un particular, y tal cosa se sale de la órbita que le señala el artículo 76, ordinal primero en armonía con el numeral 1º del artículo 37, ambos del Código Judicial.

Sentencia

Por los motivos relacionados, 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 pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Publíquese, cópiese, notifíquese é insértese copia del fallo en el próximo número de la Gaceta Judicial.

Miguel Arteaga H. — José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR ACCIDENTES DE TRABAJO

Ya se considere con base en la relación contractual, o en una de orden meramente extracontractual, la acción para la indemnización de perjuicios ocasionados por un accidente de trabajo no está circunscrita o limitada exclusivamente al derecho y al procedimiento especial consagrado en las leyes 57 de 1915 y 45 (artículo 1º) de 1939. Con efecto, un análisis detenido de la ley 57 de 1915 y de las demás leyes especiales que se han dictado en lo atinente a la indemnización por accidentes en el trabajo, lleva a la conclusión de que no es posible interpretarlas en el sentido de que ellas hayan excluído la correspondiente acción común u ordinaria conforme a los principios generales del Código Civil, para alcanzar la reparación, real o íntegra, de los perjuicios que el daño produjo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José M. Blanco Nuñez)

El señor Teófilo Peña, por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, de mayor cuantía, se decrete lo siguiente contra la Nación, representada por el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales:

"a) Que la entidad demandada es civilmente resposable de los perjuicios de diverso orden causados al demandante con el accidente de que fue víctima en el taller del Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila, en la ciudad de Girardot, el día seis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno;

" b) Que, en consecuencia, está obligada a pagar al demandante, dentro del término legal, la suma de pesos que se fije judicialmente a la indemnización de los perjuicios causados al mismo demandante en las circunstancias mencionadas, más los intereses legales de esa suma computados desde la fecha del accidente hasta el día del pago.

Subsidiariamente a las peticiones anteriores:

"a) Que el día seis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno existía un contrato de trabajo entre el demandante y la Nación;

"b) Que a consecuencia de violación de ese contrato por parte de la Nación, el demandante sufrió un accidente el día mencionado, el cual le causó los consiguientes perjuicios;

"c) Que por virtud del accidente mencionado ese contrato sobre prestación de servicios por parte del demandante en calidad de Ayudante de 2ª de ajuste quedó disuelto o que se decrete la disolución de él a partir de la fecha del accidente, por incumplimiento por parte de la demandada;

"d) Que, en consecuencia, la Nación está obligada a pagar al demandante la suma de pesos que se fije como indemnización de los perjuicios causados al demandante mediante el accidente indicado, más los intereses de esa suma computados desde la fecha del accidente referido hasta el día del pago".

Considerando el Tribunal que la demanda de que se trata no debe tramitarse por la vía ordinaria sino con sujeción al procedimiento verbal, se denegó a admitirla, por medio del auto de 25 de noviembre de 1943, en el cual expuso lo siguiente:

"La anterior demanda del señor Teófilo Peña Jiménez contra la Nación por indemnización de perjuicios, a consecuencia de un accidente de trabajo, no puede tramitarse en la forma ordinaria que se solicita en ella, porque no es dable dar a una controversia judicial la vía ordinaria cuando tiene señalada expresamente una tramitación especial. Cuando quiera que se trate de una controversia de las enumeradas en el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, el procedimiento a seguir es el verbal. La Ley 57 de 1915 define en su artículo 1º qué se entiende por accidente de trabajo. Y el derecho a reclamar su indemnización está reglamentado y limitado por dicha ley; de este derecho nace la acción y esta acción se tramita en la forma señalada por la Ley 45 de 1939. No puede acudirse a las normas del derecho civil para obtener la reparación por un accidente de trabajo.

'Por lo expuesto, no se admite la anterior demanda".

Contra esta providencia interpuso el demandante recurso de apelación, el cual pasa a resolverse mediante las consideraciones que en seguida se hacen.

Sobre la cuestión propuesta al Tribunal y ahora a la Corte en la presente alzada se observa:

Ya se considere con base en la relación contractual, o en una de orden meramente extracontractual, la acción para la indemnización de perjuicios con motivo de un accidente del trabajo no está circunscrita o limitada exclusivamente al derecho y al procedimiento especial consagrado en las Leyes 57 de 1915 y 45 (artículo 1º) de 1939.

Con efecto, un análisis detenido de la ley 57 de 1915 y de las demás leyes especiales que se han dictado en lo atinente a la indemnización por accidente en el trabajo, lleva a la conclusión de que no es posible interpretarlas en el sentido de que ellas hayan excluído la correspondiente acción común u ordinaria conforme a los principios generales del Código Civil, para alcanzar la reparación, real e integra, de los perjuicios que el daño produjo.

Fundada en la culpa probada o presunta del obligado o en el concepto puramente objetivo del riesgo profesional, lo que sí no puede ponerse en duda es que la finalidad de la Ley 57 de 1915 es la de proteger al trabajador reconociéndole en todo caso, menos en los expresamente exceptuados en ella (la misma culpa del trabajador en el accidente o fuerza extraña al trabajo), las prestaciones que ella establece.

Se trata de una finalidad de contenido puramente social, que sólo mira al interés del trabajador, considerado como tal, para asegurarle de antemano **un mínimo** de seguridad y de protección cuando por virtud de la prestación de sus servicios se haya mermado o perdido su capacidad de trabajo.

Si esta interpretación se admite, como hay que admitirla, consecuencia clara es que la Ley 57 de 1915, expedida como las demás sobre prestaciones sociales, con un criterio de evidente protección a los trabajadores, no podría ser aplicada en sentido que coloque a éstos, jurídicamente, en un plano de inferioridad con respecto a las demás personas que aun no estando al servicio de quien debe la indemnización por el daño ocasionado, podría acogerse a las normas generales del Código Civil para obtener conforme éste lo establece, la reparación íntegra de los perjuicios resultantes de un daño real o presuntivamente culposo. No podría tener explicación lógica que cuando en un accidente de ferrocarril o de una empresa de automóviles o de una fábrica, por ejemplo, resulta lesionada una persona extraña a estas empresas, esta persona puede demandar y recibir por concepto de indemnización de los correspondientes perjuicios una cantidad de dinero mayor de las señaladas en los artículos 6º de la Ley 57 de 1915 y 8ª de la Ley 133 de 1931, y que, por el mero hecho de estar al servicio de la empresa en la cual se produjo el mismo accidente, el trabajador damnificado o lesionado en ese mismo accidente no tenga un derecho análogo al que posee aquella otra persona que no tenía vínculo alguno de dependencia con la empresa en que tuvo lugar el accidente, para exigir y obtener la reparación completa de los perjuicios que recibió. La noción de la relación contractual existente entre el servidor o trabajador y la empresa, en el un caso, y la inexistencia de esa misma relación, en el otro, no sólo no justificaría tan extraña diferencia de situaciones jurídicas en la tutela del derecho, que en ambos casos debe ser igual, sino que analizada esta cuestión con un criterio más conforme con la justicia, acaso puede decirse que si, por regla general, todo el que ha cometido delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la reparación o indemnización completa de ese daño, esta obligación de reparar sube de punto cuando, en las mismas circunstancias, no se trata de una persona extraña, sino de quien tenía consagradas sus actividades de trabajador al servicio de la empresa que ocasionó el daño culpablemente.

La existencia del contrato de trabajo no se opone a esta solución, pues lo contractual no excluye la cuasi-delictual o la culpa meramente civil, cuando ésta se imputa y se encuentra a cargo del obligado.

Con este mismo fundamento habría de concluírse que, llegado el caso, sólo sería de equidad que de la cantidad a que fuere condenado el obligado se descontara cualquier suma que el reclamante hubiera recibido o recibiere por concepto de las prestaciones establecidas en las leyes 57 de 1915 y 133 de 1931, a fin de evitar un enriquecimiento injusto.

Considerada así en términos generales la cuestión que tiene ahora que avocar la Corte para decidir la presente alzada, pues no será sino en la sentencia que ponga fin a este juicio cuando se entrará a estimar y a decidir si en este caso existe la culpa que se imputa a la Nación en el accidente de que se trata, y si hay lugar o no al reconocimento y pago de los perjuicios demandados por el actor, la Corte llega a la conclusión de que la tramitación que debe darse a la acción aquí incoada es la del juicio ordinario de mayor cuantía, en lugar del procedimiento verbal de que trata el artículo 1º de la Ley 45 de 1939.

Por lo que queda expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto apelado y en su lugar decide que es el caso de admitir la demanda ordinaria propuesta por el señor Teófilo Peña Jiménez contra la Nación, y, que en consecuencia, dicha demanda debe tramitarse según el procedimiento de un juicio ordinario de mayor cuantía.

Notifíquese, insértese en el próximo número de la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Miguel Arteagá H. — José M. Blanco Núñez. Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

INCIDENTE DE EXCEPCIONES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por documento privado suscrito en Bogotá, el 28 de septiembre de 1920, el señor Lorenzo A. Guarnizo se constituyó fiador mancomunado y solidario del señor Juan R. Montes, a quien como segundo ingeniero de una draga del río Magdalena se le anticipó la suma de setenta pesos ($ 70.00) para trasladarse al lugar de su destino. No habiéndose presentado el señor Montes a tomar posesión del cargo, y después de practicadas algunas diligencias por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, esta dependencia decretó orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del señor Lorenzo A. Guarnizo por la suma indicada.

Posteriormente el juicio pasó al Tribunal Superior de Bogotá para el conocimento de un pliego de excepciones presentado por el ejecutado; el Tribunal de Bogotá ordenó remitirlo al Tribunal Administrativo de Cundinamarca en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 67 de 1943; y este último Tribunal provocó al Superior de Bogotá competencia negativa que ahora resuelve la Corte después de oír el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil.

La Sala Plena de la Corte al resolver sobre la demanda por inconstitucionalidad de la Ley 67 de 1943 dispuso lo siguiente: "**Primero.** Es exequible el artículo 5º de la Ley 67 de 1943. **Segundo.** Los artículos 3º y 4º de la mencionada ley son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieren: 1º **A incidentes de excepciones** cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la administración, y 2º A **tercerías,** cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se funde en un acto de gestión de la administración o en un acto entre particulares".

Al principio de esta providencia se vio que el juicio por jurisdicción coactiva tiene como origen un documento privado en que el señor Lorenzo A. Guarnizo se constituyó fiador mancomunado y solidario del señor Juan R. Montes por una suma de dinero; es decir, la ejecución se funda en un acto de gestión de la administración, y por tanto, el caso de que se trata está incluído en la primera excepción señalada por la sentencia de la Corte Plena sobre exequibilidad del artículo que atribuyó a la justicia administrativa el conocimiento de esta clase de incidentes.

Lo anterior pone de manifiesto que el incidente de excepciones en el presente juicio debe ser resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá, y así lo decide la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Miguel Arteaga H. — José M. Blanco Núñez. Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SE CONFIRMA LA SENTENCIA QUE DECRETO UNA PENSION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

El Tribunal Superior de Santa Marta en sentencia que lleva fecha 25 de agosto de 1944, previos los trámites correspondientes a la naturaleza del juicio, resolvió:

"Los señores Ulises, Jorge, Elena y Rita Cormane, recibirán, por partes iguales, la pensión que recibía su padre doctor Juan B. Cormane en vida, o sea la suma de ciento ochenta pesos ($ 180.00) moneda corriente de la Caja de Previsión del Organo Judicial, a partir del mes de abril del presente año (1944) y continuarán recibiendo dicha pensión por el término de dos años contados desde el mes dicho".

Contra este fallo interpuso recurso de apelación el señor Fiscal del Tribunal, lo que hizo en los siguientes términos que aparecen en la correspondiente constancia de la notificación de la sentencia: "estoy de acuerdo con esta sentencia, pero la apelo, lo que parecería un absurdo en acatamiento a una circular de la Procuraduría".

Concedido el recurso de apelación y llegado el asunto a la Corte, se le ha dado en ella la tramitación de rigor, habiendo actuado en nombre de la Caja de Previsión del Organo Judicial el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Este alto funcionario, en escrito que lleva fecha 13 de octubre del año en curso, hubo de conceptuar así:

"Fundándose en lo dispuesto por la Ley 22 de 1942, Ulises, Jorge, Elena y Rita Cormane solicitaron del H. Tribunal Superior de Santa Marta que se les reconociera el derecho a seguir gozando, por el término de dos años, de la pensión de ciento ochenta pesos mensuales que disfrutaba su padre natural, doctor Juan B. Cormane, en su condición de empleado del Organo Judicial y en virtud de la enfermedad que en el desempeño de su cargo había contraído.

"Después de tramitar en legal forma la mencionada solicitud, el H. Tribunal decidió el asunto en providencia fechada el 25 de agosto último, haciendo la declaración impetrada por los demandantes en la forma pedida.

"A pesar de estar de acuerdo con los fundamentos de tal sentencia, el señor Fiscal del H. Tribunal interpuso contra ella el recurso de apelación, en cumplimiento de instrucciones impartidas, para todos los negocios de esta índole, por esta Procuraduría.

"Estudiado el proceso por este despacho, no se observa irregularidad alguna ni motivo que pudiera dar fundamento a la revocatoria de la providencia recurrida. Por tanto solicito que esa H. Sala la **confirme**".

Para resolver en definitiva la Corte considera:

El doctor Juan B. Cormane, quien murió el día 26 de marzo del año actual, gozaba al acaecimiento de su muerte, de una pensión como persona incapacitada para ejercer un cargo judicial en virtud de enfermedad contraída en el ejercicio del mismo.

Dicha pensión fue reconocida por el Tribunal Superior de Santa Marta en sentencia de 21 de mayo de 1943, debidamente ejecutoriada, y en la cual el Tribunal del conocimiento hubo de declarar:

"Por lo que se deja expuesto el Tribunal..... reconoce al doctor Juan B. Cormane, actual Juez Primero Superior de este Distrito Judicial, una pensión mensual de ciento ochenta pesos ($ 180), moneda corriente conforme al artículo 5º de la Ley 22 de 1942 cuyo pago está a cargo de la Caja de Previsión de que trata la misma ley".

Acompañaron los demandantes, a la demanda respectiva, en calidad de hijos naturales del doctor Cormane, los documentos que en seguida se enuncian:

1) Copia de la sentencia del Tribunal que reconoció la pensión a favor de su padre natural y de la cual sentencia se hizo antes mención; 2) Copia de una sentencia dictada por esta Sala de la Corte de fecha 15 de noviembre de 1943 en la cual hubo de declarar carecer de competencia

para conocer del recurso de consulta de la memorada sentencia del Tribunal Superior; 3) Un certificado notarial sobre defunción del doctor Cormane; 4) Certificado expedido por el médico doctor José Domingo Goenaga del cual aparece que el doctor Cormane murió de "arterioesclerosis avanzada que unida al estado hipertrófico de la próstata agravó su estado hasta producir su defunción"; 5) Declaraciones de dos testigos acerca de que los peticionarios son personas pobres que carecen de medios para su congrua subsistencia; 6) Certificaciones del Administrador de Hacienda Nacional del Magdalena acerca de no ser los demandantes personas rentadas; 7) Copia de un memorial dirigido al señor Juez del Circuito en lo Civil de Santa Marta por el doctor Cormane, y copia del reconocimiento de hijos naturales hecha ante el mismo Juez por el memorialista.

Es interesante conocer, para los efectos de este fallo de la Corte, el contenido íntegro de la diligencia a la cual se acaba de hacer alusión, la cual es del siguiente tenor:

"En la ciudad de Santa Marta, a los trece días del mes de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, siendo el día y la hora señalados para la diligencia de que trata el auto anterior, se trasladó el Juzgado Unico del Circuito Civil, a la casa de habitación del doctor Juan B. Cormane, por encontrarse éste enfermo, con el fin indicado en tal providencia. Una vez allí el referido doctor Juan B. Cormane ante el señor Juez y el suscrito Secretario, expuso lo siguiente: 'Me llamo Juan B. Cormane, de setenta y seis años de edad, natural de Riohacha y vecino de esta ciudad, soltero y abogado. Declaro que soy padre de los señores Ulises Cormane, que nació el día 1º de enero de 1907; Josefina, que nació el 28 de agosto de 1909; Elena, que nació el día 17 de agosto de 1911; Jorge, que nació el 21 de marzo de 1915 y Rita que nació el día 24 de mayo de 1920. Reconozco como hijos naturales míos a los señores antes mencionados y que los tuve siendo soltero como hasta la fecha lo soy; y siendo soltera igualmente, la madre de ellos. Hago constar para los efectos legales, que siempre he atendido a mis hijos ya nombrados, con quienes he vivido en completa armonía, y me atienden como padre que soy de ellos, como en efecto los he reconocido en la presente diligencia. Soy poseedor de la cédula de ciudadanía número 475.540, expedida por el Jurado Electoral de Santa Marta. En constancia se firma esta diligencia por los que en ella han intervenido".

También fue acompañada a la demanda copia de la partida eclesiástica de defunción de la señora Josefina Cormane de Pasella, defunción ocurrida el día 13 de abril de 1944, es decir, con posterioridad a la diligencia de reconocimiento antes transcrita y al auto de que se acaba de hablar. Igualmente vino con la demanda copia del auto de abril 12 de 1944 del Juzgado del Circuito en lo Civil de Santa Marta en el cual fueron reconocidos como herederos, en su calidad de hijos naturales del doctor Cormane, los señores Ulises, Jorge, Elena, Rita Cormane y Josefina Cormane de Pasella y sin perjuicios de terceros.

Admitida la demanda por el Tribunal, el señor Fiscal al contestar el traslado que de ella se le dio, y en escrito que lleva fecha 27 de junio de 1944, hubo de manifestar lo siguiente:

"En la relación comprobada que se deja establecida, conceptúa la Fiscalía que se satisfacen las exigencias del artículo 5º de la Ley 22 de 1942 y que los peticionarios ejercitan un claro y perfecto derecho, desde luego que tal disposición, al expresar **viuda e hijos,** no excluyó a los naturales, que como establece la Ley 45 de 1936, concurren con los legítimos a participar de la herencia. Con todo, el doctor Cormane, fue soltero como está acreditado, y, por tanto, en lo tocante con sus hijos naturales enunciados, no se presenta conflicto legal alguno que se oponga a que continúen gozando de la pensión de que venía disfrutando su padre. Se tiene comprobado, se repite, que él gozaba de la pensión dicha, que reconoció a los peticionarios por hijos naturales, que murió, que ellos fueron reconocidos como herederos, y que la aceptación del reconocimiento queda evidenciada por el mismo hecho de pedir como tales y también, porque desde la fecha en que tuvo lugar a hoy, han transcurrido más de 90 días, sin que hubiere sido repudiado".

El artículo 5º de la Ley 22 de 1942, en el cual fundaron, de manera principal, sus derechos los demandantes está concebido así:

"Artículo 5º Los funcionarios y empleados de que trata esta ley, que sufrieren durante el desempeño de sus empleos una enfermedad o lesión que les incapacite en absoluto para el trabajo profesional, recibirán, si no tienen cómo atender a su congrua subsistencia y mientras vivan, una pensión mensual igual al sueldo que devengaren el día que se cause la enfermedad o lesión. Si

mueren a consecuencia de la enfermedad o lesión su viuda e hijos recibirán o continuarán recibiendo dicha pensión por espacio de dos años, siempre que carezcan de recursos para su congrua subsistencia".

En realidad de verdad, como lo observa el Tribunal en el fallo apelado, el artículo 5º que se acaba de transcribir de la Ley 22 de 1942 no ofrece duda alguna en cuanto dispone que en un caso como el del doctor Cormane "su viuda e hijos recibirán o continuarán recibiendo dicha pensión por dos años" y que la ley no distingue entre hijos legítimos e hijos naturales, ni entre mayores y menores y sólo los somete a la condición de que carezcan de lo necesario para su congrua subsistencia, lo cual está comprobado en el proceso.

Parece, por otra parte, que la prueba de la calidad de hijos naturales del doctor Cormane por lo que toca a los demandantes, consiste en la copia auténtica de su reconocimiento hecho ante el Juez del Circuito en lo Civil es suficiente para los efectos del presente juicio y ya que, en armonía con el ord. 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tal diligencia ha de mirarse como una confesión inequívoca de la paternidad natural que suministra base suficiente aún para el reconocimiento judicial de tal paternidad.

Por lo que mira a la exigencia del artículo 5º antes transcrito de la Ley 22 de 1942, de que para que reciban o continúen recibiendo la pensión la viuda e hijos del pensionado es preciso que éste haya muerto a consecuencia de la enfermedad o lesión que originó el reconocimiento de la pensión a su favor, cabe observar que a este propósito ha de mirarse como suficiente demostración del hecho respectivo el certificado del cual antes se habló en este fallo, expedido por el médico doctor José Domingo Goenaga y confrontado con lo que resulta de la sentencia misma del Tribunal que reconoció la pensión al Dr. Cormane y en la cual aparece descrita la enfermedad que lo incapacitó para continuar en el ejercicio de su cargo de Juez y que coincide con la descrita por el mencionado certificado del médico doctor Goenaga.

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, FALLA:

Confírmase la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Santa Marta el día 25 de agosto de 1944.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Miguel Arteaga H. — José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE ACCIONES CONTRA EL ESTADO EN JUICIOS REFERENTES A PETROLEOS

1.—Solamente son competentes para conocer de las acciones en que la Nación actúa ya como demandante o como demandada, el Tribunal del domicilio del particular que la demanda o es demandado por ella (artículo 152, ord. 2º y 155 del C. J.), y el del lugar donde se hallan situados los bienes total o parcialmente (artículo 152, ord. 12 ibid.). Fuera de estos dos Tribunales, no podría ventilarse un juicio en que la Nación sea parte, porque habría que realizar una prórroga de competencia que, como ya se ha visto, no es posible puesto que siempre son los Agentes del Ministerio Público los que actúan en representación de la Nación ante los Tribunales de Justicia, y a ellos les está prohibido expresamente hacer uso de esta institución legal.

2.—La disposición del inciso 2º del artículo 153 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la misma materia de que trata el inciso 1º del artículo de que forma parte, artículo que a su vez pertenece a las normas que reglan la competencia, y que por tanto rige para los casos de prórroga de competencia y no para los de prórroga de jurisdicción, puesto que a éstos se refiere otro grupo de reglas del Código.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre dieciseis de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Abelardo Gómez Naranjo, en su calidad de apoderado de la Empresa Agrícola de Santander S. A., entabló demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se haga una declaración de dominio a favor de dicha empresa, sobre los terrenos petrolíferos de "La Polonia" y "Puerto Wilches", ubicados en el Municipio de Puerto Wilches, Departamento de Santander.

El Tribunal negó la admisión del libelo, fundándose al hacerlo en la circunstancia de que el domicilio de la entidad demandante es la ciudad de Barranquilla, y en la disposición del artículo 155 del Código Judicial que dice: "En los juicios que se sigan contra el Estado, el Tribunal Superior competente es el del domicilio del demandante, y en los que siga aquél, el de la vecindad del demandado". Rechazada de este modo la demanda por incompetencia de jurisdicción, en tiempo oportuno el actor pidió reposición de la providencia del Tribunal, y en subsidio, propuso apelación ante la Corte; negada la primera petición, le fue concedida la última, en virtud de la cual ha venido el asunto a esta Corporación, donde agotado el trámite correspondiente, se procede a decidir.

Comoquiera que acerca de la cuestión jurídica que suscita la apelación, ya la Corte ha expuesto su parecer en otra oportunidad, conviene traer aquí lo pertinente al caso del auto dictado por esta misma Sala el 21 de junio de 1943, publicado en la Gaceta Judicial Nos. 1998 y 1999, página 728.

"Como consecuencia de la excepción de declinatoria de jurisdicción se plantea el siguiente interrogante: ¿cuál es el Tribunal competente para conocer de las acciones de dominio y propiedad ejercitadas por la vía ordinaria, respecto del subsuelo de globos de terreno en que pueden encontrarse yacimientos de petróleo, cuando en esas acciones es parte demandante o demandada la Nación? En el parecer de la Corte el interrogante lo resuelve únicamente el actual Código Judicial en sus artículos 152, ordinales 2º y 12, y 155. El artículo 155 complementa, por lo que hace relación a los juicios de la Nación o contra la Nación, el artículo 152 en su ordinal 2º. Este ordinal previene que en los asuntos contenciosos, **por regla general,** conoce el respectivo Juez del domicilio del demandado. Pero debiendo la Nación comparecer ante los Tribunales de Distrito Judicial, y no teniendo ella domicilio, el artículo 155 ordena entonces atender al domiclio del demandante o del demandado, según que la Nación demande o que sea demandada. Tal es la extensión del artículo 155. No es en manera alguna una regla aislada y absoluta, que implique el des-

plazamiento total de las normas sobre competencia estatuídas por el artículo 152, cuando quiera que por motivos especiales, como la clase de juicio, haya que atender también a otros factores determinantes de la competencia, por razón del lugar en que debe ventilarse el juicio, que juegan igualmente, junto con el domicilio, en la fijación definitiva del Tribunal del conocimiento en cada caso. Según la regla 12 (artículo 152), en los juicios sobre reivindicación de inmuebles y sobre servidumbres, es **también** competente el Juez del lugar en donde los bienes se hallan situados. Lo que significa que **además** del Juez del domicilio del demandado, es igualmente competente el del lugar en donde los bienes se hallan situados. Y cuando la Nación es parte en un juicio de dominio, aplicando la regla expresada en combinación con la del artículo 155, habrá dos Jueces con igual competencia para conocer, a prevención, del juicio: el Tribunal de la ubicación de los bienes y el Tribunal a donde corresponda el domicilio del particular, según que éste sea demandante o demandado. La circunstancia de que la regla doce hable sólo de los juicios de **reivindicación,** no excluye las demás acciones de dominio relativas a inmuebles, como las simplemente declarativas, por dos razones obvias: primero, porque toda acción reivindicatoria lleva implícita la acción de dominio, pues el decreto de reivindicación es el reconocimiento de que el reivindicante tiene el derecho sobre lo que reivindica, y esa la razón en que se funda toda orden de restitución; de manera que cuando la regla habla de **reivindicación** engloba en general la acción de dominio, así sea simplemente declarativa o restitutoria; y segundo, porque de dársele a la disposición de la regla 12 el sentido literal y limitado que algunos pretenden, de referirse únicamente a la acción restitutoria, las acciones simplemente declarativas del dominio, promovidas entre particulares, se quedarían únicamente regidas por la regla 2ª del artículo 152, y eso es irregular y anómalo, dado que la acción declarativa de dominio es también real sobre inmuebles, de manera que debe regirse por idénticas normas de competencia concernientes a las acciones de reivindicación".

Dos aspectos se ponen de relieve al considerar hoy la providencia parcialmente transcrita: es el primero el referente a los móviles jurídicos que llevaron a la Sala a pronunciarse en relación con el tema de la competencia de los Tribunales Superiores cuando se trata de acciones de dominio en que es parte la Nación, y es el segundo el de que en ella no se tuvo en cuenta, por no ser entonces necesario, el evento de una prórroga de competencia en asuntos de la clase de los que aquel fallo contempló. Sobre estos puntos, tocantes con la cuestión sometida ahora a la Corte, cabe hacer algunas consideraciones.

Se trataba en la aludida providencia de declarar o no probada una excepción de declinatoria de jurisdicción interpuesta por el Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, en un juicio promovido por personas domiciliadas en Bogotá. Por este motivo se limitó a decir que había dos Jueces con igual competencia para conocer de un juicio de dominio en que la Nación fuese parte: el correspondiente al domicilio de los demandantes o demandados particulares y el del lugar en donde los bienes se hallan situados. En el presente caso la Corte debe contemplar un nuevo aspecto de la cuestión: el de si cabe la prórroga de competencia de parte de la Nación.

La mencionada decisión tuvo por fundamentos los artículos 152, ordinales 2º y 12, y 155, dándole, como allí se expresó, a la última disposición, el significado de complemento del ordinal 2º del artículo 152, en cuanto su objeto es salvar el inconveniente que la falta de domicilio propiamente dicho del Estado pudiera presentar al aplicarse la norma general que consagra el **forum domicili rei** como rector de la competencia en los asuntos contenciosos.

Examinando nuevamente la Corte las disposiciones de los artículos 152, 153 y 155 del C. J. que ella tuvo en cuenta al dictar la decisión que se ha recordado, agrega ahora otras consideraciones.

En primer lugar, interesa ver cómo es posible que el artículo 155, redactado de modo particular para contemplar en él las situaciones que ocurren cuando el Estado es demandante o demandado, no constituye la única y exclusiva norma aplicable siempre. En su tenor literal el texto de la disposición parece definitivo en el sentido de establecer como regla que pudiera entenderse única la de que en los juicios que se sigan contra el Estado es Tribunal competente el del domicilio del demandante, y en los juicios que éste siga, el de la vecindad del demandado; como el precepto se halla después de los que consignan las disposiciones generales, entre las cuales se

encuentran las que proveen la prórroga de competencia, por razón del lugar donde están situados los bienes, y el artículo 155 no prevé la prórroga, hay indudablemente una base para pensar, como lo entendió el Tribunal Superior de Bogotá, que una prórroga de competencias como la que persigue el demandante en el presente juicio no sería permitida legalmente. Sin embargo, considera la Corte que siendo las reglas sobre competencia, jurisdicción y prórroga de aquéllas, de carácter general, basadas en razones aplicables así a los juicios entre particulares como a los que adelante el Estado o se sigan contra él, los principios que informan dichas normas deben también jugar en los varios órdenes en que la prórroga pueda, por motivos generales, producir consecuencias, y siempre que al obrar tratándose de la Nación no se afecte o viole disposición expresa que lo prohiba o que establezca otra regulación contraria. Considera la Sala que la sola circunstancia de existir el artículo 155 no es bastante a impedir que se apliquen a las relaciones que se produzcan cuando el Estado interviene en juicio, los principios reguladores de modo general de la jurisdicción y competencia. Esta interpretación armoniza mejor con el derecho en su acepción más amplia, que se halla consagrado tanto en los principios como en las reglas escritas del Título correspondiente del Código Judicial.

Si se examinan tales principos se encontrará que es ordenamiento fundamental el de que el domicilio del demandado prefiere a las demás circunstancias, como así lo anota la Comisión Redactora del Código. A ese principio se subordina todo el articulado del Título Décimo sobre Organización Judicial. Tratándose de la Nación el artículo 155 establece que es Tribunal competente en los juicios que se sigan contra el Estado el del domicilio del demandante, y en los que siga aquél el de la vecindad del demandado, ya que el Estado, o no tiene domicilio como se ha afirmado, o lo tiene en cada Tribunal; más propiamente lo último que lo primero, por aplicación de otro principio según el cual las personas pueden tener varios domicilios en relación con los lugares donde desarrollan sus negocios. El principio básico que informa las disposiciones del Código se satisface porque el artículo 155 admite que en los juicios que se sigan contra el Estado es competente el Tribunal del domicilio del demandante que al propio tiempo es el domicilio del demandado ya que la Nación comparece ante cualquiera de los Tribunales de la República.

Así entendido el artículo 155 en su primera parte, que favorece en el fondo al particular que demanda, queda en su parte segunda, expresamente establecido que la vecindad del demandado fija el lugar donde debe intentar su acción el Estado; y de todo el contenido de la disposición resulta evidente que ella favorece los intereses de los litigantes contra la Nación o que son demandados por ella, en cuanto les facilita la atención del juicio en el Tribunal de su vecindad o en el que elijan para demandar.

La competencia del Juez para conocer de un asunto —dice el artículo 150— se fija por la naturaleza de él, o por la calidad de las partes, o por razón del lugar donde debe ventilarse, y el 151 previene que por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa. El artículo 76 detalla las atribuciones de los Tribunales Superiores de Distrito Judical y en su inciso 1º establece que ellos conocen en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado; es decir que tal disposición, en armonía con las de los artículos 150 y 151 fija la competencia de los Tribunales para los asuntos contenciosos de derecho privado que interesen a la Nación, atendiendo así a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes. Esta competencia es improrrogable (artículo 151).

Por el análisis que se ha hecho de varias normas legales conexas se ha llegado a la conclusión de que son, por aplicación de principios judicos que estructuran el Título X Libro I del Código, aplicables a los juicios en que interviene el Estado las reglas generales sobre competencia. Toca ahora examinar la prohibición consignada en el último inciso del artículo 153.

La prórroga de que se ha venido tratando en esta providencia es la que hacen las partes ordinariamente según lo establecido en los artículos 152 y 153 del Código, el primero de los cuales expresamente se encabeza diciendo contener las reglas que han de guardarse por razón del lugar donde se ventilan los juicios. El 153 prevé los casos de prórroga de competencia, que se

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

opera por parte del demandante por el hecho de ejercitar la acción, y del demandado por el de no oponer la excepción oportunamente. El mismo precepto estatuye que los Agentes del Ministerio Público no pueden prorrogar jurisdicción.

Interesa pues considerar la posibilidad que tiene el Estado de hacer uso de la facultad de prorrogar la competencia en los juicios en que él es parte. Acerca de este tópico el Tribunal Superior de Bogotá, después de explicar su concepto sobre la primacía que debe concederse al artículo 155 para fijar el foro ante el cual debe comparecer el Estado como demandado por medio de sus representantes legales, los Agentes del Ministerio Público, expresa lo siguiente: "Sucede que el inciso segundo de ese mismo artículo 153, viene inmediatamente a consagrar otra norma especial, destinada a reafirmar de manera consecuente el criterio fundado por el legislador en el artículo 155, al preceptuar lo siguiente: 'El curador que se nombre a un demandado para que lo represente en un juicio y los **Agentes del Ministerio Público no pueden prorrogar jurisdicción'.** De acatar este precepto, ¿qué se sigue? Sencillamente que si el demandante ejercita su acción en Tribunal diferente del de su domicilio, en verdad por ese hecho y por lo que a él compete, ha prorrogado la jurisdicción; pero ello no es suficiente: para que la prórroga de jurisdicción se configure jurídicamente, de manera completa o perfecta, es decir, para que verdaderamente pueda considerarse que para efectos procesales se ha verificado legalmente el fenómeno de la prórroga de jurisdicción, es necesario que el demandado la prorrogue, ya expresamente, ya tácitamente, por el hecho de no oponer la excepción correspondiente en la debida oportunidad; hay por consiguiente en la prórroga de jurisdicción dos extremos y la falta de uno de ellos hace imposible la configuración de la verdadera prórroga de jurisdicción. Partiendo de la base que consagra el artículo 155, el Agente del Ministerio Público, y en el presente caso el respectivo Fiscal del Tribunal, no puede prorrogar la jurisdicción según el inciso 2º del artículo 153.....".

Esta razón dada por el Tribunal al negarse a admitir el libelo tiene como consecuencia que considere inútil adelantar actuación alguna en el asunto, ya que, si bien el demandante ha manifestado legalmente la voluntad de renunciar a la prerrogativa de que se siga el juicio en el Tribunal de su domicilio, al representante de la parte demandada le está vedado asumir la actitud pasiva por virtud de la cual aquella voluntad se traduciría en una prórroga de competencia.

A esto responde el apoderado de la Empresa actora en esta forma: "El otro argumento aducido por el Tribunal, para sostener que el artículo 155 del C. J. no puede tener aplicación en los juicios de la Nación, o contra ella, por cuanto que los Agentes del Ministerio Público no pueden **'prorrogar jurisdicción',** entraña una lamentable confusión entre lo que es **competencia** y lo que es **jurisdicción.** No tengo para qué entrar a establecer la diferencia entre estos dos conceptos jurídicos, para demostrar que la parte final del artículo 153 no hace referencia a la competencia. Esa parte de la disposición se refiere a los casos en que hay verdadera 'prórroga de la jurisdicción', como, por ejemplo, en los casos de impedimentos de los jueces y magistrados, entre otros (artículos 434 y 438 del C. J.). Una cosa es prorrogar la jurisdicción y otra prorrogar la competencia. No puede perderse de vista que cuando un particular, sea demandante o demandado, renuncia a que el juicio se adelante en su domicilio, es él quien prorroga la competencia, y no su contraparte la Nación, que nada prorroga siendo obvio, porque el Agente del Ministerio Público tampoco tiene qué prorrogar y, mucho menos, JURISDICCCION, como lo entiende el Tribunal. La prórroga de la competencia se verifica, pues, por una sola de las partes, aquella cuyo domicilio la determina, ya que la otra a nada renuncia".

Tomando los incisos del artículo 153 en su sentido literal, como lo hace el señor apoderado de la parte actora, se llegaría a la conclusión de que bajo un mismo número de orden se han colocado en tal artículo dos reglas procesales, cada una de las cuales se refiere a una materia distinta: a la prórroga de competencia el primer inciso y a la prórroga de jurisdicción el segundo. La diferencia que existe entre estos fenómenos procedimentales radica en el sentido jurídico de los términos "jurisdicción" y "competencia". La determinación precisa de estas dos nociones es esencial para poder distinguir los varios fenómenos jurídicos que contemplan las leyes reglamentarias de los juicios civiles, en las cuales, como en nuestro Código Judicial, se aplican indiferentemente las dos expresiones citadas, con mengua de la claridad en el sentido de las nor-

mas que consagran. Conforme lo indica la etimología de la palabra "jurisdicción", proveniente del término latino **jurisdictio** compuesto de **jus** y **dicere**, su signifcación es la de poder o autoridad para decir, imponer, declarar el derecho. El Código Judicial que rigió hasta 1931, consagraba en su artículo 139 la definición de esta palabra así: "Jurisdicción es la facultad de administrar justicia". La naturaleza de la jurisdicción, como atributo de la soberanía exige en las personas que la ejercen "en nombre de la República y por autoridad de la ley" la independencia y libertad suficientes para asegurar la imparcialidad en sus decisiones, de modo que éstas sean dignas de fé y de acatamiento por parte de los asociados. Cuando por virtud del afecto, la animadversión, el interés o el amor propio, el funcionario está ligado al objeto del pleito o a las partes, la ley lo declara impedido, y en esta situación, su poder jurisdiccional desaparece para impartir justicia delante de tal objeto o de tales partes. Es este el origen de los "impedimentos" que consagran las legislaciones procesales, y que producen en la autoridad en que concurren, el fenómeno de la "pérdida de jurisdicción" sobre la relación de derecho en que su libertad está limtada por algunas de las causas previstas, al tenor de lo preceptuado por el artículo 146 de nuestro Código de Procedimiento Civil: "La jurisdicción se pierde en uno o más asuntos determinados: 1º Cuando el Juez haya sido separado del conocimiento por impedimento o recusación". Las causas legales que generan este fenómeno, y que están enumeradas taxativamente en el Capítulo correspondiente del mismo Código, se distinguen en dos categorías a saber: absolutas y relativas, según que tengan el carácter de allanables o no por las partes al ser manifestadas por el Juez. Cuando un funcionario está impedido absolutamente para conocer de un juicio, las partes nada pueden hacer por mantenerlo conociendo del negocio. Pero si la causa que lo lleva a declarar su imposiblidad para seguir desempeñando la función jurisdiccional en un caso determinado, es de carácter relativo, que no dice relación al orden público ni a las bases de la organización judicial, sino que está establecida por la ley en benefico exclusivo de las partes, éstas, por su mero consentimiento, pueden autorizar la prosecución del litigio ante la misma persona que por ministerio de la ley había perdido la jurisdicción de que ahora queda investida nuevamente por haberse allanado el impedimento, hecho que nuestro Código llama en su artículo 438 "prórroga de jurisdicción". Dice este precepto: "Si la parte a quien interese directamente la separación del funcionario impedido, 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, 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".** (Subraya la Sala). En otras disposiciones de la misma obra, como en el artículo 434, también se dan reglas relativas a este instituto jurídico de la jurisdicción prorrogable, cuya existencia depende de la allanabilidad de la causa legal que privó del conocimiento de un juicio determinado a quien por razón de las reglas de la competencia, debía avocarlo.

Distinta en cuanto a su naturaleza y a los aspectos que ofrece, es la noción jurídica de **la competencia.** El origen de ésta se halla en el verbo "competer", esto es, estar atribuído, corresponder, incumbir algo a uno. La definición legal de esta palabra está en el artículo 143 de nuestro estatuto procesal en estos términos: "Competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República". Puede notarse aquí la diferencia entre jurisdicción y competencia, puesto que si la primera es una parte del Poder Público que el Estado delega en el Organo Judicial, como lo expresa el artículo 142, la segunda es la reglamentación de la jurisdicción en cuanto determina los diferentes negocios de que puede conocer un Juez o Tribunal, limitado de este modo el poder de administrar justicia de cada funcionario o entidad jurisdiccional a una sección del territorio nacional, o a los litigios en que estén interesadas ciertas personas o Corporaciones, o que versen sobre un objeto jurídico especial, o también adscribiéndole a una autoridad una función exclusiva, propia y distinta.

Es en consideración a la finalidad de la competencia que el tratadista Matirolo la define diciendo que "es la medida con que la jurisdicción se distribuye entre las diversas autoridades judiciales". Por relacionarse con el caso que la

Sala contempla en el presente juicio, es pertinente el estudio de uno de los varios caracteres que corresponden a la competencia: la prorrogabilidad. Cuando la ley atribuye a un Juez o Tribunal el conocimiento de un asunto, lo hace ya absoluta, ya relativamente, dependiendo el carácter de esta atribución de la naturaleza de los motivos que han llevado al legislador a hacerla. Estando de por medio la garantía del orden público, la fijación de la competencia de los jueces se hace absolutamente, como cuando se trata de juicios en que actúan personas o entidades cuya calidad les merece un fuero especial, o de litigios cuya causa jurídica requiere que se adelanten ante determinada categoría de funcionarios; no hay lugar en estos casos a que las partes omitan la observancia de las normas que regulan la competencia por razón de la calidad de las partes o de la naturaleza del asunto, como lo dice el artículo 151, ya que el motivo de tales prescripciones no fue solamente el beneficio o comodidad de los litigantes, sino la consagración de principios en cuya obediencia está interesada la colectividad.

No acontece lo mismo cuando una regla de competencia ha sido dictada en el exclusivo interés de los contendientes, puesto que en estos casos, de conformidad con lo previsto por el artículo 15 del Código Civil, puede renunciarse a la garantía legal que consagra la disposición, y en nada se menoscaba el orden o la organización de la administración pública, ya que en sus propios reglamentos se ha dejado a salvo la contingencia de esa renuncia. Del artículo 153, inciso 1º se deduce que cuando la competencia de un Juez o Tribunal en un asunto obedece a la fijación de un lugar en que se presume sea más ventajoso para las partes el desarrollo de la litis, tal competencia es prorrogable por las partes, es decir, pueden ellas acogerse a la jurisdicción de otro Juez o Tribunal entre cuyas atribuciones esté comprendido el conocimiento de la clase de juicios a que pertenece el que las partes expresa o tácitamente consienten en que decida. Este consentimiento, sea expreso o tácito de las partes para dilatar la competencia de una autoridad hasta hacerla conocedora de un juicio que corresponde por razón del lugar a otro funcionario, es lo que constituye **la prórroga de competencia**, que en el artículo 153 antes transcrito, se hace consistir en la presentación de la demanda por parte del demandante, y por la del demandado, en no oponer oportunamente la excepción correspondiente.

Si los preceptos de nuestra ley procesal se fueran a interpretar a la luz de los conceptos que la técnica jurídica asigna a los vocablos "jurisdicción" y "competencia", habría que apartarse en el presente caso del artículo 153 del "sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras" hecho por el legislador, quien las emplea indistintamente a todo lo largo del Código, para fijar el contenido de esta clara disposición, lo cual estaría reñido con las bases de interpretación legal dadas en los artículos 27 y 28 del Código Civil. Por otro lado, no estando definidas expresamente por el legislador las palabras de que aquí se trata, no se viola al admitir su equivalente contenido norma alguna en que se hubiera podido proveer a su correcto entendimiento. Además, al interpretar un texto legal, no debe hacerse distinción alguna donde el propio legislador no la hizo. De manera que atendiendo al contexto de la disposición que se estudia en esta providencia, debe convenirse en que el citado inciso segundo del artículo 153 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la misma materia de que trata el inciso primero del artículo de que forma parte, artículo que a su vez pertenece a las normas que reglan la competencia, y que por tanto rige para los casos de prórroga de competencia, y no para las de prórroga de jurisdicción, puesto que a éstos se refiere otro grupo de reglas del Código. Por fuerza de estos razonamientos la Corte manifiesta su acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Superior de Bogotá, al inciso 2º del artículo 153 comentado.

Ahora bien: el señor apoderado da a la prórroga de competencia la calidad de ser unilateral, es decir, que se perfecciona por la presentación de la demanda por parte del actor. La Sala considera que, siendo la relación procesal una contienda en que se hace uso de todos los medios legales de acción y de excepción que las partes tengan para hacer valer sus derechos, todos los fenómenos procesales que se efectúen durante la tramitación de esa contienda requieren, cuando no han de verificarse por imperio de la ley o como consecuencia de una decisión judicial, la adquiescencia del demandado, pues de lo contrario no tendría objeto alguno el que la misma ley le diera un medio de defensa, como en el caso

de la prórroga de competencia, en que al admitir que ella quedara formalizada por el hecho de presentar el actor su demanda ante Tribunal distinto, se haría nula la ocasión a que tiene derecho el demandado para oponer la excepción de declinatoria de jurisdicción que al resultar probada dejaría sin validez el acto inicial de la prórroga de competencia, lo que muestra cómo sí es bilateral ésta. De esto se sigue que siendo la prórroga de competencia un hecho procesal que nace de la concurrencia de las voluntades del demandante y del demandado manifestadas por los modos que señala el artículo 153, es obvio concluír que estando impedida una de las partes para asumir la actitud que perfeccione la prórroga iniciada por el demandante, el acto realizado por éste al presentar la demanda ante un Tribunal incompetente no producirá efecto alguno, pues está descartada la posibilidad de que se valide por el silencio de la parte demandada cuando ésta sea representada por el Ministerio Público o por un curador **ad-litem**.

Volviendo ahora a la doctrina sentada por esta Sala en la providencia transcrita en parte en esta motivación, es preciso concluír que de acuerdo con los claros preceptos que le sirvieron de fundamento, solamente son competentes para conocer de las acciones en que la Nación actúa ya como demandante o como demandada, el Tribunal del domicilio del particular que la demanda o es demandado por ella (artículo 152, ord. 2º y 155 del C. J.), y el del lugar donde se hallan situados los bienes total o parcialmente (artículo 152, ord. 12 ibídem). Fuera de estos dos Tribunales, no podría ventilarse un juicio en que la Nación sea parte, porque habría que realizar una prórroga de competencia, que como ya se ha visto, no es posible puesto que siempre son los Agentes del Ministerio Público los que actúan en representación de la Nación ante los Tribunales de Justicia, y a ellos le está prohibido expresamente hacer uso de esta institución legal. Por estar domiciliada la Empresa Agrícola de Santander, S. A., en la ciudad de Barranquilla, y por versar el juicio sobre bienes situados en el Departamento de Santander, no es procedente la admisión de la demanda por el Tribunal Superior de Bogotá, como ya se ha explicado en esta providencia.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el auto del Tribunal Superior de Bogotá, objeto del recurso de apelación que aquí se decide.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Miguel Arteaga H. — José M. Blanco Núñez. Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR ACCIDENTE FERROVIARIO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre dieciocho de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

Apareciendo surtida, en debida forma, la tramitación propia de la segunda instancia en el presente asunto, instaurado ante el Tribunal Superior de Bogotá por el señor Hernando Castillo y por su esposa María Reyes Segura de Castillo contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y que versa sobre indemnización de perjuicios, se procede por la Corte a dictar el fallo definitivo, previas las consideraciones que, en seguida, se expresan.

El señor apoderado de la parte demandante formuló lo petitorio de su libelo de demanda así:

"Como apoderado de Hernando Castillo y María Reyes Segura de Castillo y de sus menores hijos Hernando y Elena Castillo demando a nombre de éstos por sí mismos y en su carácter de herederos del menor Rosendo Castillo al Estado colombiano, representado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, entidad a su vez representada por el señor Hernando Cuéllar Wallis, quien es mayor de edad y vecino de la ciudad de Bogotá, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se declare lo siguiente:

"1º Que el Estado colombiano, y por lo tanto el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, es responsable de la muerte violenta que recibió el menor Rosendo Castillo Segura como consecuencia de haber sido atropellado por un tren del ferrocarril de Girardot en el sitio denominado "La Esperanza" el día veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos treinta y nueve (1939) a las ocho (8) de la mañana;

"2º Que la Nación y por lo tanto el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales son deudores solidarios de los esposos Hernando Castillo y María Reyes Segura de Castillo y de sus menores hijos Hernando y María Elena Castillo por los perjuicios morales y materiales que les ocasionó la muerte violenta del niño Rosendo Castillo;

"3º Que la Nación y por lo tanto el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales son deudores solidarios de los herederos del menor Rosendo Castillo por los perjuicios materiales y morales que el causante sufrió en el accidente ferroviario ocurrido en la estación de La Esperanza el veinticuatro de mayo de mil novecientos treinta y nueve (1939) a las ocho (8) de la mañana al penetrar al switch el tren número dos que subía para Bogotá.

"4º Que el valor de los perjuicios morales y materiales ocasionados a los esposos Castillo en sí mismo y a sus menores hijos Hernando y María Elena Castillo por la muerte trágica del niño Rosendo Castillo asciende a la cantidad de diez mil pesos m. l. ($ 10.000.00) o a la suma que se fije conforme a derecho;

"5º Que el valor de los perjuicios morales y materiales que la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales debe pagar a los herederos del menor Rosendo Castillo por los daños de diversa índole ocasionados al causante asciende a la cantidad de diez mil pesos moneda corriente ($ 10.000.00) o a la suma que se fije conforme a derecho".

En cuanto a los fundamentos de hecho los señaló el apoderado de la parte actora en quince numerales, cuyo contenido habrá de transcribirse en seguida:

"1) El día miércoles 24 de mayo de 1939, a eso de las ocho de la mañana, el niño Rosendo Castillo Segura se dirigía a la Escuela Pública de La Esperanza, donde estudiaba y al cruzar la vía férrea fue violentamente atropellado por el tren número dos (2) que se dirigía a Bogotá.

"2) El tren penetraba en ese momento a la estación de La Esperanza y corría hacia atrás pues como es generalmente sabido la línea del ferrocarril de Girardot tiene allí un switch para facilitar el acceso de los trenes a aquel lugar pero la operación, por circunstancias geográficas y técnicas, se efectúa corriendo los trenes a la in-

versa, esto es, de para atrás con grave riesgo de accidentes.

"3) Los empleados del ferrocarril que conducían el tren sólo se dieron cuenta del accidente momentos después de que había ocurrido, debido a que en aquel lugar no hay vigilancia permanente de la vía, a pesar de ser un sitio excesivamente peligroso toda vez que el tren entra de para atrás, de existir una numerosa población en los alrededores y de tener la vía un tránsito de peatones bastante intenso por estar obligados los habitantes de los contornos a cruzarla para ir y venir a la estación, circunstancia conocida y tolerada por la empresa.

"4) El coche que trituró al niño Castillo fue el número ciento diez y siete (117), el último del tren, pero el primero al entrar de para atrás en el switch de La Esperanza.

"5) Tan pronto como los empleados del ferrocarril fueron informados del accidente el tren detuvo su marcha y el niño Castillo fue atendido por el doctor Alfredo Izquierdo, médico de la empresa, quien accidentalmente viajaba en el tren y quien ordenó que se condujera al menor a la Clínica de Doima, donde falleció el jueves siguiente a las siete de la noche.

"6) El menor Rosendo Castillo falleció como consecuencia inmediata y directa del accidente relatado, en el que sufrió graves heridas en la cabeza, en los pies y en algunas otras partes del cuerpo.

"7) Durante el traslado del menor Castillo a la Clínica de Doima, no se tuvo con él ninguna clase de consideraciones y fue colocado sin cuidado en el coche de equipajes.

"8) El conductor del tren era el señor Moisés Vanegas, el maquinista el señor Hipólito Ramos, quien conducía la locomotora número veintitrés (23) teniendo como fogonero al señor José Ramírez.

"9) El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, entidad que representa al Estado, se ha negado a pagar la indemnización correspondiente.

"10) El niño Rosendo Castillo era el mayor de los tres hijos de los esposos Hernando Castillo y María Reyes Segura de Castillo y tenía siete años en la fecha del accidente, siendo sus hermanos los niños Hernando y María Elena Castillo.

"11) El menor Rosendo Castillo era estudiante ejemplar, siempre observó en la escuela excelente conducta, y por su aplicación y aprovechamiento sobresalía notablemente entre sus condiscípulos siendo persona sana física y mentalmente.

"12) Los padres y los hermanos del niño Rosendo Castillo recibieron con la muerte de éste graves perjuicios de orden material y moral.

"13) Con el accidente quedó extinguida la potencialidad en capacidad de trabajo del menor Rosendo Castillo y por lo tanto su familia, sus padres en primer término y luego sus hermanos, perdieron el valor de lo que hubiera podido aprovechar en cuarenta años de trabajo del menor Rosendo como quiera que el término medio de la vida de un hombre en nuestro país es de cincuenta y cinco años.

"14) Los perjuicios recibidos por la víctima, el niño Rosendo Castillo, consisten en su muerte, con la extinción total de toda la magnífica perspectiva de su vida.

"15) El Estado y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales son solidariamente responsables por hecho o culpa de sus agentes señores Vanegas, Ramos, Ramírez y Rubiano, a cuyo cargo estaba el tren, y por hecho o culpa suyos debido a la anormal construcción de esa parte de la vía donde el tren tiene que entrar retrocediendo por razón del switch de La Esperanza y por no mantener la debida vigilancia no obstante el gravísimo peligro que esa situación entraña".

Finalmente en cuanto a los fundamentos de derecho, el demandante adujo la doctrina contenida en los Títulos 12, 26 y 34 del Libro 4º y concordantes del Código Civil; el Título 18 del Libro 2º y concordantes del Código Judicial, el Título 5º, Libro 2º del Código de Comercio, y las Leyes 29 de 1931, 62 de 1887, 76 de 1920, 63 de 1936.

Fue presentada la demanda ante el Tribunal el día 4 de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno y el fallo definitivo fue por él proferido el cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y dos.

El mencionado fallo resultó adverso a la parte demandante, ya que en él fueron negadas las peticiones de la demanda y absuelta, de consiguiente, la Nación, según lo pedido por el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, quien al contestarla, negó prácticamente todos los hechos de la demanda y también sus fundamentos de derecho.

Merced al recurso de apelación interpuesto por

dicha parte demandante conoce la Corte del asunto en segunda instancia.

El Tribunal en su fallo, después de admitir, en armonía con la jurisprudencia de la Corte, la presunción de culpabilidad instituída en el artículo 2356 del Código Civil, de manera expresa se pronuncia así:

"Para el caso de autos, cumplido el daño, correspondía a su autor material descartar la responsabilidad que tenga sobre él, demostrando a su vez que el daño obedeció a fuerza mayor, caso fortuito, intervención de elementos extraños —que como lo dice la Corte—puede ser la culpa de la misma víctima, 'ya que la imprudencia con que el damnificado se haya expuesto al daño, se debe tomar según el artículo 2357 como intervención de elemento extraño, amortiguante o totalmente excluyente de responsabilidad'.

Se verá en seguida cómo el Tribunal, no obstante la presunción de culpabilidad del artículo 2356 del Código Civil que él sentó como premisa fundamental en el caso en estudio, pudo llegar a la conclusión de que la empresa férrea aparece, según las constancias de los autos, exenta en este juicio de culpabilidad y, por consiguiente, de toda responsabilidad civil.

En efecto, para llegar a tal conclusión, razonó el Tribunal en esta forma:

"Dada la manera como se sucedieron los hechos según la declaración del único testigo recogida en la probanza, el accidente de que fue víctima el menor y la muerte que le sobrevino luego, fueron la resultante única de la culpa de éste mismo, ya que el niño en edad de uso de razón, o aun cuando no la tuviera, intempestivamente, sorpresivamente, trató de atravesar las líneas de la carrilera sin reparar siquiera el seguro peligro que corría, debido a que la proximidad tan reducida a que venía el carro delantero del tren, metro y medio más o menos, dice el declarante, hacía físicamente imposible toda maniobra destinada a detener el impulso que traían los carros, tanto más, cuanto que allí normalmente corren los trenes a 35 kilómetros de velocidad.

"El cabero que venía en la plataforma frente del primer carro, se ocupaba como era su deber en tener listos los frenos del vehículo para el caso de que el animal que corría a un lado del tren tratara de atravesarse a éste, y si en estos mismos momentos el niño intempestivamente o asustado por la presencia del animal que hacía pareja con el tren y que venía por el lado en donde él se hallaba, no quiso detener su marcha sino que incautamente o de modo completamente imprevisible trató de salvar ambos peligros, el del tren y el de la vaca, y antes de ser visto por el cabero, la resultante no es otra, sino que la fatalidad vino a servirse de la imprudencia o culpabilidad del chiquillo que entregó su vida, sin que nada ni nadie lo hubiese podido remediar. Y esto excluye la responsabilidad de los conductores del vehículo y consiguientemente la que se ha imputado a la empresa demandada.

".....'.....

"Pero el caso **sub-judice** es distinto, porque aquí sí aparece, que el niño Rosendo de modo completamente imprevisible e inevitable para el empleado que asido de los frenos vigilaba la vía, se arrojó inconsultivamente al paso del tren, encontrando así la muerte. Mas no es la culpa del niño la que exonera la responsabilidad a la parte demandada, es la excusa del caso fortuito nacido de la notoria imprudencia de la víctima, la que borra cualquier responsabilidad de parte de la empresa; circunstancia que, concluyendo, lleva a imponer un fallo absolutorio sin más consideraciones al respecto, ya que basta anotar que el hombre de mejor prudencia en las circunstancias de los empleados que manejaban el tren que atropelló al niño, no habría podido proceder de otra manera, no habría podido evitar el accidente".

Previa advertencia de que en esta segunda instancia las partes se abstuvieron de solicitar la apertura del juicio a pruebas y que, por consiguiente las que habrán de ser estimadas en el presente fallo son en general las mismas que obraban en el proceso cuando fue dictada la sentencia de primer grado, se procede en seguida a motivar la resolución de la Corte.

Es ante todo digna de especial atención la circunstancia de que la única prueba que tuvo en cuenta el Tribunal para destruír la presunción legal por él mismo admitida de culpabilidad por parte de la empresa ferroviaria fue la declaración del "único testigo recogida en la probanza", como textualmente lo dice el mismo Tribunal.

Y puesto que juega tan importante papel en la sentencia de primera instancia esta declaración, conviene conocer literalmente el contenido de ese testimonio.

En realidad de verdad el testigo referido, de nombre Obdulio Rubiano, rindió en el juicio, no

una sino dos declaraciones, las que a continuación se transcriben:

"Declaración de Obdulio Rubiano rendida el día 3 de marzo de 1942. — En Bogotá, a tres de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, presente en el Despacho del Tribunal el señor Obdulio Rubiano con el fin de rendir la declaración que se le solicita, el señor Magistrado le recibió juramento en la forma legal y por su gravedad prometió decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en lo que supiere y le fuere preguntado, y al efecto expuso: Al punto 1º del interrogatorio: Tengo cuarenta y dos años de edad, vecino de Tocaima, frenero del Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila, y sin generales de la ley con la parte demandante. Cédula de ciudadanía Nº 1025975 de Ibagué. Al punto 2º contestó: Nada me consta en relación con la pregunta contenida en este punto. Al 3º dijo: Es cierto y me consta directa y personalmente, por haber venido en el tren que produjo el siniestro o accidente en que perdió la vida el menor Rosendo Castillo, que el maquinista había dado las pitadas reglamentarias y que todas las personas que se hallaban en el lugar en que ocurrieron los hechos, se dieron cuenta de la presencia del tren y del peligro que implicaba situarse dentro de la carrilera. Agrega el declarante: cuando veníamos entrando con el tren a la estación, se aparejó al tren una vaca, que corría adelante, por la zona, a la par que nosotros; yo venía en el estribo de la plataforma del coche, listo con la llave de emergencia para aplicarla en caso necesario, es decir, por si se llegaba al caso de que la vaca se atravesara en la línea; estando atendiendo a esto, se atravesó como a un metro y medio de distancia, en la carrilera un niño; yo apliqué en seguida la llave, arriesgando que se volcara el tren, pero no lo alcancé a favorecer; el tren paró pero ya se había producido la cogida; todo esto sucedió en forma muy rápida. Que es cuanto le consta en relación con los hechos a que se refiere el interrogatorio. No siendo más las preguntas a que tiene que responder el testigo se termina la presente que leída la aprobó en todas sus partes y para constancia firma a su ruego el testigo que suscribe, por decir no saber firmar junto con los suscritos Magistrados sustanciador y Secretario. Se observaron las disposiciones legales pertinentes".

"Declaración de Obdulio Rubiano rendida el día 14 de marzo de 1942 en el acto de la inspección ocular practicada por el Tribunal.

"Se interrogó al "cabero" Obdulio Rubiano, a quien se le hizo ocupar precisamente el mismo lugar que ocupaba, cuando él, en su condición también de cabero, venía prestando sus servicios en el tren del atropello, y manifestó que teniendo en cuenta la curva que allí desarrolla la carrilera y que en el preciso momento del accidente venía él vigilando, los movimientos de una vaca que iba hombro a hombro con la parte puntera del carro de primera, y lo intempestivo de la presentación del niño que tomó en dirección contraria del tren, lo vió sólo a metro y medio de distancia, y que por esta razón y por efectos de la misma curva, le había sido absolutamente imposible aplicar los frenos para hacer parar el tren. Los Magistrados observaron detenidamente este hecho y dedujeron que evidentemente los aparatos para hacer funcionar los frenos de los carros de primera vienen en la parte más frontal de los carros, y que a no ser por condiciones técnicas de las cuales no se tiene conocimiento, ya que esto será objeto del dictamen pericial, le era al frenero absolutamente imposible desarrollar ninguna operación tendiente a detener instantáneamente el recorrido del tren".

Se comprende, a primera vista, que se trata de un testigo cuyo testimonio podía ser legalmente tachado por causales obvias, según se desprende de la declaración misma; y, así que, especialmente en su alegato presentado en esta instancia, el apoderado de la parte demandante observa que dicho testimonio no reúne los debidos requisitos de imparcialidad.

Pero a más de ello, si se ha de atender a la aseveración del Tribunal de tratarse de un testigo único, es evidente que dicha Entidad no ha podido darle el valor probatorio que le dió a esa declaración, ya que a ello se opone el artículo 696 del Código Judicial, según el cual "la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba" y ya que, además, según aparece del mismo artículo citado, sólo constituye una presunción, es decir, un indicio más o menos atendible, en armonía con las condiciones del declarante y la claridad y sinceridad de su exposición.

Tienden las observaciones anteriores a dejar desde luégo establecido, que, para poder definir

este litigio, es necesario estudiar con algún mayor detenimiento las constancias del proceso.

Indudablemente está llamado a jugar un papel de importancia en la decisión del asunto el siguiente oficio, dirigido por el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales al doctor Guillermo Hernández Rodríguez, representante de la parte demandante.

"Nº 59330/L. — Bogotá, octubre 11 de 1939 — Señor Dr. Guillermo Hernández Rodríguez. — Carrera 8ª Nº 11-15 — Presente.

"Ref: Su reclamo de indemnización por muerte de Hernando o Rosendo Castillo en accidente de tráfico.

"Damos respuesta a su atenta carta de fecha 25 de septiembre ppdo. por medio de la cual usted, como apoderado de los cónyuges Hernando Castillo y María Reyes Segura de Castillo, solicita el pago de indemnización por la muerte del menor Hernando o Rosendo Castillo S., ocurrida el 24 de mayo del año en curso, a consecuencia de haber sido atropellado por el tren.

"De los informes y demás documentos probatorios que el Ferrocarril ha allegado respecto del accidente en cuestión, resulta acreditado que, aunque evidentemente en la fecha citada por usted (mayo 24/39) el último coche, o sea el del extremo, del tren número 2, atropelló y dio muerte al niño Hernando o Rosendo Castillo R., de tal accidente no es culpable el Ferrocarril, dada la manera intempestiva como el menor citado se atravesó en la línea cuando el tren iba en marcha y a velocidad reglamentaria.

"Por tales razones y otras que el Ferrocarril está en condiciones de probar fehacientemente llegado el caso, lamentamos manifestar a usted que no es posible reconocer la indemnización materia de su atenta solicitud.

"Somos sus atentos servidores, **Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales**. (Fdo.), **Hernán Cuéllar Wallis,** Administrador.

Y ahora cabe observar, por cuanto se trata de una cuestión que exige solución previa, que el apoderado o representante en la segunda instancia del señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales ha puesto de presente en pro de los intereses de la parte demandada, o sea en definitva de la Nación, que no aparece comprobada en autos la muerte del menor Rosendo Castillo con la correspondiente partida de defunción.

Por su parte el apoderado de los demandantes en escrito que figura agregado al expediente, al referirse a aquella alegación presentada por la parte contraria, la contradice en los siguientes términos:

"Dice en su alegato el abogado del Consejo que no se probó en los autos, mediante la presentación de la partida civil de defunción, la muerte del menor Rosendo Castillo. Aclaro que todo el debate probatorio tuvo como base la carta que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales dirigió al suscrito abogado con fecha 11 de octubre de 1939 y en la cual se dice:

'De los informes y demás documentos probatorios que el ferrocarril ha allegado respecto del accidente en cuestión, resulta acreditado que, aunque evidentemente en la fecha citada por usted (mayo 24 de 1939) el último coche o sea el del extremo del tren número 2, atropelló y dio muerte al niño Hernando o Rosendo Castillo....'

"Esta carta fue presentada con la demanda y no ha sido argüida de falsa en el curso del proceso y por lo tanto hace plena prueba contra el Consejo de Ferrocarriles que la suscribió. Las partidas civiles de defunción hacen prueba **erga omnes.** Dentro de ese litigio me bastaba con demostrar la prueba ante la compañía mediante esa partida, pero la empresa me relevó de presentarla porque desde un principio ha declarado por escrito que en la fecha citada el tren número dos **atropelló y dio muerte** al niño Hernando o Rosendo Castillo". (Cuaderno de la Corte, fl. 18)

Bien se comprende que, en caso de que se llegara en este fallo a la conclusión, de que legalmente no puede darse por establecida en el proceso la muerte del menor Castillo, caería por su base la estructura misma del litigio y necesariamente tendría que proceder la absolución de la Nación.

El capítulo 20 del Libro 1º del Código Civil trata de las pruebas del estado civil de las personas; y, dentro de ese capítulo, el artículo 347 del expresado Código establece que la calidad de la persona que constituye su estado civil debe constar en el registro del estado civil, cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado, y entre esas actas menciona expresamente el Código las de defunción (artículos 349, 356 y siguientes del Código Civil y 22 de la Ley 57 de 1887).

Pero aparte de declaraciones de testigos que presenciaron el accidente se tiene en cuenta que figura en autos, en calidad de documento autén-

tico, la diligencia de autopsia del niño Castillo practicada con intervención del Alcalde Municipal del Distrito de La Mesa; y que, por otra parte, de acuerdo con la carta transcrita antes y dirigida por el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales se acepta como un hecho cumplido la muerte del niño mencionado, no hay razón, a juicio de la Corte, para que se desconozca el acaecimiento de esa muerte, en un asunto, como el presente, en el cual se discute una responsabilidad de carácter culposo, consistente en un homicidio, y se discute precisamente con la entidad a la cual se imputa haber causado el homicidio referido.

Y no es que la Corte prescinda de tener en cuenta el principio contenido principalmente en el artículo 1760 del Código Civil, según el cual, la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y ya que debiendo ser considerada en este caso, por la naturaleza misma de las cosas, la muerte del menor Castillo, ante todo como un hecho y no como un acto jurídico propiamente dicho, la prueba propia de ese hecho es la autopsia constante en documento auténtico; prueba que obra en autos según lo expresado ya en el presente fallo.

Y es que además el litigio ha versado fundamentalmente sobre la muerte misma del menor Castillo y se ha adelantado precisamente con la entidad a la cual se considera responsable de tal muerte y resultaría en verdad irritante que el responsable pudiera ser absuelto por faltar en los autos la prueba de la defunción consistente simplemente en el acta notarial, o eclesiástica respectiva.

De manera que las comprobaciones del proceso las juzga la Corte suficientes para reconocer la ocurrencia de la muerte del menor Castillo por hecho de la empresa del Ferrocarril de Girardot y también para reconocer que, habiendo muerto dicho menor, gozan sus padres sobrevivientes de la facultad de reclamar judicialmente la indemnización a que pueda haber lugar en derecho.

Volviendo ahora a la presunción de culpabilidad a cargo de la empresa mencionada; y, teniendo en cuenta que, por ser esta empresa dependencia del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y propiedad de la Nación, tal presunción de culpabilidad existe igualmente a cargo del Estado; se trata de inquirir ahora, si, como lo pretende el Tribunal, esa presunción de culpabilidad quedó plenamente destruída con la declaración del "cabero" del Ferrocarril de Girardot, señor Obdulio Rubiano.

La norma instituída en el artículo 696 del Código Judicial, según lo que atrás queda transcrito, así como patentes motivos de falta de la debida imparcialidad por parte de dicho testigo único, ponen de manifiesto que su testimonio mal puede destruír la referida presunción de culpabilidad a cargo de la empresa del Ferrocarril de Girardot.

Y esa presunción de culpabilidad no la destruye ninguno otro de los elementos probatorios del proceso, ni la inspección ocular practicada por Magistrados del Tribunal Superior, ni el dictamen pericial anexo a dicha inspección ocular. En la inspección ocular se dejó constancia de que sobre el terreno la Sala precisó los siguientes hechos: "este lugar, donde ocurrió el siniestro, queda precisamente en el centro de la curva que forma allí la carrilera del tren; la línea, como va subiendo, desarrolla su recorrido con alguna pendiente, y que lleva esa trayectoria hasta pocos metros antes del punto en donde principian a divisarse los edificios del Hotel de la Esperanza; dado el lugar en donde el niño cayó, era absolutamente imposible para el maquinista, que en ese punto y como es sabido viene con su máquina precisamente atrás de todos los carros del servicio, que hubiese podido observar los obstáculos que pudieran presentarse en la línea a los vagones de adelante, y que, se repite, es sabido, entran primero a la estación de aquel lugar. Interrogados los particulares sobre si el día del siniestro la vía férrea estaba separada de los predios vecinos por las cercas ordenadas por las leyes de policía de ferrocarriles, y si la misma línea se hallaba despejada de malezas, todos informaron que en ese punto no ha habido nunca cerca de ninguna clase. De su parte, Marcos Bohórquez, individuo allí presente manifestó que las matas de plátano de ese entonces, altas y abundantes, obscurecían más la vía e impedían la visibilidad en esa curva relativamente forzada. Momentos después pasó por el lugar de la diligencia el tren que de San Javier viene para La Esperanza, y en esa virtud, pudo observar la Sala la rápida velocidad, que en su recorrido desarrolla allí todo el convoy; varios empleados de la empresa dicen que matemáticamente, el tren siempre desarrolla allí una velocidad de treinta y cinco ki-

lómetros por hora. Con el objeto de recibir las declaraciones del conductor del tren y del 'cabero" que viajaban en ese tren y que eran los mismos que prestaban servicio el día de la muerte del niño, y principalmente con el objeto de reconstruír la escena, los señores Magistrados dispusieron que luégo de llegar el tren a La Esperanza, regresara nuevamente hasta adelante del sitio del siniestro, para reconstruír la escena, y oír las declaraciones de los testigos. Una vez en dicho punto el tren y a distancia en relación con el lugar en donde cayó el niño de unos quince metros, se hizo detener el tren; allí se interrogó al conductor, quien manifestó que ratificaba la declaración rendida ya en este juicio; el abogado de la empresa solicitó que los Magistrados observaran la vía y el punto en donde cayó el niño, colocándose precisamente en el lugar ocupado por el conductor el día de los acontecimientos; colocado el personal de Magistrados en dicho punto, se observó la curva, precisándose que el maquinista quien venía con su máquina atrás, forzosamente había estado en imposibilidad física de observar el niño, y que teniendo en cuenta la velocidad del tren había sido absolutamente inoficioso que los pasajeros u otras personas extrañas hubiesen tratado de obtener que el maquinista parara en seco todo el convoy, único modo de haber evitado el accidente".

En cuanto al dictamen pericial, su parte fundamental, después de hechos por los peritos cálculos de índole esencialmente técnica, está concebida en los siguientes términos:

"Así pues la mínima distancia en que podrá parar el tren objeto de este dictamen era de 34,80 metros.....

"Estando establecido que el menor Castillo atravesó la carrilera a una distancia máxima de 1.50 metros del sitio donde se encontraba el tren en ese momento, queda demostrado que era absolutamente imposible evitar el accidente, no obstante, la aplicación de los frenos, que a nuestro juicio fue oportuna y en un todo ajustada a la forma en que tal maniobra debe ejecutarse.

"Al hacer estos cálculos, no hemos tenido en cuenta dos factores principales, que harían que el espacio recorrido por el tren fuera mayor, ya que las cifras anteriores hablan elocuentemente, sobre la imposibilidad de detener el tren instantáneamente. Estos factores son los siguientes: en primer lugar, la locomotora, seguía dando impulso al tren durante un espacio de tiempo más o menos largo, mientras que el maquinista, sentía que el tren había sido frenado, y ejecutaba la maniobra de cerrar la llave del vapor, esta fuerza de empuje de la locomotora, haría que el tren avanzara aún un mayor espacio del que hemos calculado.

"Si para situarnos en un caso más favorable para detener el tren, supusiéramos que la resistencia de éste fuera de 8.5 libras por tonelada, el segundo sumando de la igualdad aumentaría a 1408.68 L. y entonces el valor de L. disminuiría a 112.67 pies o lo que es lo mismo 34.36 metros, es decir, que el recorrido necesario para efectuar la detención del tren disminuiría solamente 44 centímetros.

"En la inspección ocular se hizo hincapié en el hecho de que en la época en que ocurrió el accidente, existían unas matas de plátano, en el sitio que hemos marcado en el plano con rojo; en el momento de la diligencia pudimos comprobar, que el accidente ocurrió metros antes de llegar a las mencionadas matas de plátano, y que por consiguiente, estas no impedían la visibilidad del frenero o cabero; por otra parte en el caso de que el accidente hubiera ocurrido pasadas las matas de plátano, la mínima visibilidad para el cabero, no hubiera sido menor de una distancia de 60 metros, como fácilmente se puede comprobar en el plano, pero como se dijo antes la distancia a que el menor quiso atravesar la carrilera contrarrestó este factor favorable de la visibilidad.

"Pero si el cabero o frenero desde la plataforma donde va colocado puede divisar toda la línea que tiene por delante sin que nada se interponga a su vista, no ocurre lo mismo al maquinista que guía un convoy, que desde su casilla tiene por delante la caldera y el tanque del agua, que no miden menos de 6 metros (calculo aproximado), lo que sí le impide, en parte, la visibilidad a tan corta trayectoria.

"En síntesis, el accidente no podía evitarse, porque el tren no podía parar instantáneamente, como está plenamente demostrado, que era la única forma posible de evitar el accidente, y que es lo que se nos exige establecer.

"Del señor Magistrado, — (Fdos.)**Jorge Castillo Camacho, Hernando Uriza Corredor.** — Bogotá, abril 6 de 1942".

En este dictamen se parte de una base perfectamente hipotética consistente desde luego en admitir que el menor Castillo atravesó la carrilera

a una distancia máxima de 1.50 metros, punto especialmente el de la distancia que no está comprobado en autos, ya que esa comprobación no puede admitirse a base de lo declarado por el "cabero" Rubiano, quien, como ya se vió, es testigo inhábil.

Manifiestamente fueron enderezadas las pruebas presentadas por el representante de los intereses de la Nación a demostrar que el siniestro no pudo ser evitado por el "cabero" Rubiano, ni por el maquinista respectivo, sin percatarse el aludido representante de los intereses de la Nación que existiendo la presunción de culpabilidad a cargo de los Ferrocarriles Nacionales, mirada por aspectos distintos al de la simple conducta de sus empleados subalternos en el manejo del tren que causó el daño, y a base de la peligrosidad propia de este sistema de locomoción, todo conduce a demostrar la responsabilidad directa de la empresa misma y por consiguiente de la parte demandada o sea, en definitiva, de la Nación.

En primer lugar para tratar de propender a la destrucción de la presunción de culpabilidad de que viene hablando ha podido la parte demandada establecer desde luego que la velocidad del tren (35 kilómetros por hora) en el sitio del accidente era una velocidad por todo concepto moderada, es decir, que no ofrecía peligro apreciable.

Y al propio tiempo establecer que, no obstante la circunstancia especialísima de estar haciendo uso el tren del **swich-back** de La Esperanza, y ascendiendo por consiguiente dicho tren hacia atrás, o sea, llevando la delantera en el ascenso el carro que normalmente debería ser el último carro del convoy, la velocidad en este sitio fue una velocidad aceptable en atención a la peligrosidad del vehículo, es decir, hasta el punto de amenguar tal peligrosidad y aún hacerla prácticamente desaparecer.

El dictamen pericial rendido a solicitud de la propia parte demandada, en lugar de alcanzar a destruír la presunción referida, demuestra que la circunstancia misma de ascender el tren en reverso, si cabe decirlo así, agrava la peligrosidad del vehículo, puesto que, habiendo aceptado los peritos que, en el caso especial de que aquí se trata, el recorrido del tren no había podido ser menor de treinta y cuatro metros con ochenta centímetros, observan los mismos peritos que esa distancia ha podido ser mayor por cuanto "la locomotora seguía dando impulso al tren durante un espacio de tiempo más o menos largo, mientras que el maquinista, sentía que el tren había sido frenado, y ejecutaba la maniobra de cerrar la llave del vapor, esta fuerza de empuje de la locomotora, haría que el tren avanzara aún un mayor espacio del que hemos calculado".

A juicio de la Corte, y en atención a la circunstancia de existir la presunción de culpabilidad en casos de esta índole a cargo de la empresa de vía férrea, tal empresa, para el efecto de destruír la presunción referida, ha debido dejar establecido que la velocidad de 35 kilómetros, aunque se hiciera en reverso y en el sitio en donde ocurrió el accidente y teniendo en cuenta igualmente las demás circunstancias que técnicamente deben ser apreciadas para el caso, no podía causar daño alguno sino a quien temerariamente se expusiera a él y cometiera así culpa propia, y eso no lo estableció en el juicio la parte demandada.

No significa lo que se acaba de expresar que el empleado Rubiano (el "cabero") aparezca tampoco, al menos de una manera manifiesta, exento de toda culpabilidad, la cual desde luego recae también sobre la Empresa (art. 2347 del C. C.), y ya que de la propia declaración de aquél rendida el día 3 de marzo de 1942 y que resulta, en parte, contradictoria con la rendida después por el mismo testigo durante la inspección ocular practicada por el Tribunal, aparece indicado el hecho de que una vaca corriera parejas con el tren y especialmente con el carro que iba de primero y al cuidado del mencionado "cabero" Rubiano; y ya que puede imputarse a éste la culpa de que, no obstante la ocurrencia de que se viene hablando es decir, de la carrera que traía el semoviente, el expresado "cabero" Rubiano no hubiera hecho la maniobra del caso tendiente a detener el tren, o al menos a amenguar su velocidad no obstante que él mismo estima en su declaración que en un momento dado la vaca en mención podía atravesarse **en la línea,** indudablemente para ganar el otro lado de la carrilera.

Si el "cabero" hubiera tomado la medida, que parece de sana prudencia, de procurar detener el tren antes del muy posible paso de la carrilera por la vaca, acontecimiento éste visiblemente peligroso para el tren mismo y para sus pasajeros, bien puede conjeturarse que entonces no habría ocurrido tampoco el accidente de la muerte violenta del niño, ya que con la detención del

tren o la disminución de su velocidad habría cesado el motivo principal para la carrera desaforada del semoviente que fue, parece, lo que asustó al niño y probablemente lo obligó a atravesar en momentos tan impropicios la carrilera del ferrocarril.

Y si se arguyera que hubo culpa del niño, no obstante su corta edad, al transitar por esos lugares y al atravesar en un momento dado la carrilera o al exponerse a verse obligado a hacerlo, habrá de contestarse que, no por ser ello de notoriedad pública en el país, sino especialmente por constancias que obran en el proceso, el sitio de "La Esperanza", en la línea del Ferrocarril de Girardot, y en el preciso lugar en donde ocurrió el accidente en el cual perdió la vida el niño Castillo, es un lugar poblado, es propiamente un caserío, cuya existencia exige especiales precauciones por parte de la Empresa del Ferrocarril para evitar accidentes como el que motivó el presente litigio, precauciones que no aparece de autos haya puesto en práctica la empresa referida.

Resulta, en efecto, del proceso, que según plano agregado a él y elaborado por los peritos que dictaminaron en el asunto y de cuyo dictamen se trató antes en este fallo, por el sitio mismo en donde ocurrió la muerte de Castillo pasa un camino para peatones aledaño a la carrilera del tren, que tiene una longitud de no menos de trescientos cincuenta metros (350 mtrs.), que se prolongan llegando a pasar luégo frente a la escuela de niños de "La Esperanza".

Ocurrió el accidente en un punto que se halla aproximadamente, a unos ciento veinte metros del frente del edificio de la Escuela y a unos ciento cincuenta metros del punto inicial del camino en su parte superior, o sea en el puente sobre el río Apulo; el cual, según el plano mismo, corre muy vecino al hotel de "La Esperanza" y también a la Estación del Ferrocarril.

En otros términos, ocurrió el accidente en un punto intermedio entre el puente sobre el río Apulo y el sitio de la Escuela de niños y prácticamente equidistante de esos dos extremos.

Y sea que por dicho camino transitan los peatones por derecho perfecto, o en virtud de simple tolerancia de la empresa, al transitar el público por él, y especialmente los niños que se dirigen a la escuela del lugar, exige ello de tal empresa un **summum** del cuidado y la adopción de toda medida aconsejable para evitar el que ocurran en tal lugar, por la peligrosidad excepcional que allí presenta el correr de los trenes, casos como el que contempla este litigio.

Y desde luego exige ese cuidado el que no se permita por la Empresa la libre penetración, al referido camino, de semovientes que, al asustarse por el pito de la locomotora y por el movimiento del tren, puedan crear situaciones como la que es de inferirse se le creó al niño Castillo llevándolo hasta la muerte. Lo contrario implica descuido o negligencia manifiesta por parte del empresario de la vía férrea.

Y en verdad que no aparece siquiera alegado en el juicio por el representante de la parte demandada que la debida plenitud de vigilancia y de precauciones haya sido tomada por la empresa para poner especialmente a salvo la vida de las personas que circulan por la región; o al menos, por donde la peligrosidad del tren aparece más acentuada y se hace así más digna de particular atención por parte de la empresa, como en el sitio en donde perdió la vida el niño Castillo, peligrosidad excepcional ésta que resulta de múltiples razones ya enunciadas en esta sentencia.

Para mayor abundamiento en pro de la tesis sustentada por la Corte, interesa observar que figuran en autos de la declaración del Agente de Policía Municipal Alfredo Cárdenas, quien al fl. 10 del Cuaderno de pruebas de la parte demandante, depone: "Al punto d) Me consta personalmente que el Ferrocarril en el sitio donde ocurrió el accidente no mantiene ninguna vigilancia siendo como es una calle por donde transita mucha gente". Y también la declaración de Manuel José Olivos, quien asevera: "c) Por quedar este sector entre la plaza pública y el Hotel de "La Esperanza" he presenciado que tiene aspecto de vía pública, entre otras cosas por el expendio de frutas frente a la carrilera, y que por allí transitan muchas personas, entre ellas el suscrito ha tenido ocasión de pasar por allí". (Véase fl. 4 del Cuaderno de pruebas de la parte demandante).

No obstante lo que se acaba de expresar, y con el objeto de alejar toda duda y toda fuente de posible error en sus apreciaciones, la Sala, en auto para mejor proveer, que lleva fecha 14 de noviembre último decretó una inspección ocular al sitio mismo del accidente, inspección que se llevó a término el día 25 del mismo mes de noviembre y cuyo resultado práctico aparece con-

signado en el acta que a continuación se transcribe:

Acta de la diligencia de inspección ocular

En el Corregimiento de La Esperanza, Municipio de La Mesa, Departamento de Cundinamarca, a los veinticinco días del mes de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, siendo el día y hora señalados en el auto precedente para dar principio a la diligencia de inspección ocular decretada en este juicio ordinario seguido por Hernando Castillo y otros contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, con el objeto de inspeccionar el sitio donde ocurrió el accidente que dió origen a esta controversia y de manera especial "el camino de peatones y demás detalles relacionados con la línea férrea en el sitio de La Esperanza, el señor Magistrado sustanciador doctor Víctor Cock, en asocio del señor Magistrado de la Sala de Negocios Generales doctor Arturo Tapias Pilonieta, de los testigos actuarios señores Jorge Aparicio y Luis F. Rodríguez, designados al efecto por el señor Magistrado sustanciador, del vocero de la parte demandada doctor Marco Tulio Ospina, y del suscrito Oficial Mayor de la Sala, dió comienzo a la diligencia de inspección en la forma que en seguida se expresa: En primer término el personal de la diligencia, transportado en vehículos de la Empresa del Ferrocarril de Girardot, recorrió por sobre la línea férrea el trayecto comprendido entre la estación de dicho Ferrocarril llamada "La Esperanza", kilómetro 83, y el lugar en donde se encuentra ubicada la escuela para niños existente en dicho Corregimiento. En el curso del recorrido el personal de la diligencia pasó por el puente ferroviario sobre el río Apulo, constatando que en este punto existe adyacente otro puente para peatones construído en hierro y cemento y que se utiliza permanentemente por toda clase de peatones. Más adelante el mismo personal identificó el lugar en que ocurrió el accidente de que da cuenta este proceso, o sea en el punto situado a pocos metros de la casa donde se dice vivió Emma Urueña y cerca de la cual existen algunas matas de plátano. Luégo se continuó el recorrido, pasando por frente a la casa de la escuela antes mencionada hasta llegar a un punto en que la senda para peatones, que avanza paralela a la línea del ferrocarril y dentro de la zona de éste, se separa de dicha línea con dirección suroeste. — El personal de la diligencia pudo constatar además los siguientes hechos: 1º Que el puente para peatones construído al lado del puente ferroviario sobre el río Apulo, es accesible para toda persona que quiera salvar por allí la corriente de dicho río. 2º Que no existen cercas u otros obstáculos que impidan el tránsito de peatones por la senda que avanza paralela a la línea férrea, a partir del puente sobre el río Apulo y hasta el punto en que dicha senda se separa de la línea; 3º Que el punto en donde se produjo el accidente se encuentra más o menos en el centro de una curva de la línea férrea, de tal suerte que la visibilidad desde dicho punto está limitada a unos cincuenta metros especialmente en relación con el vagón delantero de un tren que avance por la línea férrea con dirección a la Estación, de La Esperanza; 4º Que para tener acceso a la casa de la escuela pública a que se ha hecho referencia, es necesario pasar por sobre la línea férrea, sin que se adviertan en esta parte cadenas u otros obstáculos para impedir el tránsito de peatones en el momento en que por allí haya trenes en movimiento.....

"Se deja constancia de que a los testigos actuarios designados para esta diligencia señores Jorge Aparicio y Luis F. Rodríguez, mayores de edad y vecinos del Corregimiento de La Esperanza, el señor Magistrado sustanciador doctor Víctor Cock les exigió promesa formal y juramentada de cumplir bien y fielmente los deberes de su cargo".....

Demuestra el acta que se acaba de copiar la más perfecta falta de vigilancia y de cuidado, en sitio tan peligroso para la vida de las personas, por parte de la Empresa del Ferrocarril y de ahí que en manera alguna se le pueda eximir de responsabilidad en este juicio.

Como ya se vió, la parte demandante solicitó condena a cargo de la Nación por la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00), mas en autos no aparece prueba alguna que dé asidero a la referida condenación en la cantidad expresada.

Por el contrario, dada la corta edad de la víctima del accidente, no hay razón para estimar que su muerte puede servir de base, con probabilidades de acierto, para reconocer la posibilidad de avaluar un perjuicio, bien sea **material,** o bien **moral objetivado,** y en todo caso de carácter propiamente patrimonial, con fundamento en

la expresada muerte, y que es aventurado conjeturar sobre un futuro, fructuoso para sus padres, que son los demandantes, y por determinada duración, de una persona que acaba de salir de la infancia. Según la correspondiente acta de nacimiento (fl. 2 del Cuaderno Nº 1º), resulta que el menor Castillo sólo contaba la edad de siete años cumplidos cuando perdió la vida.

Para casos de la naturaleza del actual existe jurisprudencia de la Sala, según queda establecido con el siguiente pasaje contenido en sentencia de 23 de abril de 1941 (Gaceta Judicial Nos. 1971 y 1972, página 468).

"En el proceso, hubo avalúo pericial del daño material. Los peritos justiprecian ese daño en la cantidad de $' 6.560.40. Para ello fúndanse en el cálculo de la futura vida probable de José Eudoro, teniendo en cuenta que cuando murió contaba con catorce años, y se trataba de un muchacho sano y vigoroso, hijo de campesinos; combinando estas circunstancias con la costumbre existente en los lugares de donde Vásquez era oriundo, de pagar treinta centavos a un peón de aquella edad para ir aumentando progresivamente el salario hasta cincuenta centavos cuando llega a veinte el trabajador hábil y de fortaleza para faenas materiales, los peritos deducen la cifra enunciada.

"Este avalúo es inaceptable, porque se basa sobre una conjetura: que la totalidad de los futuros proventos del hijo necesariamente beneficiarán durante toda la vida de éste al padre.

"El simple hecho de que la muerte prive a los padres de un hijo, no les lleva de suyo una disminución patrimonial futura. Nadie puede escrutar el porvenir para determinar en qué condiciones, educado y establecido el hijo llegará a ser el apoyo y sostén de sus progenitores.

"Por consiguiente, la utilidad económica futura de los padres fundada en la prolongación de la vida del hijo es muy incierta. En manera alguna sirve de factor determinante de daño material.

"Ante tales consideraciones se impone la absolución del demandado en lo tocante a la reparación del daño material".

De manera que, prescindiendo del reconocimiento del derecho a reparación de un daño patrimonial no demostrado en el juicio, se tiene que, en armonía con la jurisprudencia que a estos respectos tiene sentada la Corte, para el efecto del pago del perjuicio moral subjetivo, o sea del atinente a la pena sufrida por los padres por razón de la muerte del hijo **(pretium doloris)** y aún el referente a la pena sufrida por los hermanos de éste, y atendida la demanda, habrá de seguirse la norma o criterio que instituye el artículo 95 del Código Penal, disposición legal que es del siguiente tenor:

"Artículo 95—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".

Teniendo en cuenta que la disposición legal transcrita fija un criterio de carácter general para la estimación de la cuantía de la indemnización señalando un máximo de dos mil pesos, al prudente arbitrio del Juez, parece aceptable fijar dicha cantidad máxima de dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada uno de los padres del menor víctima del accidente.

Por lo que respecta a los hermanos de la víctima no hay lugar al reconocimiento de indemnización por perjuicios moral subjetivo, ya que no está comprobada, ni es presumible la existencia de éste.

En efecto: el hermano varón de la víctima del accidente, o sea Hernando Castillo, según la correspondiente partida de origen eclesiástico, acababa de llegar a la edad de cuatro años cuando el accidente ocurrió, toda vez que aparece como fecha de su nacimiento el 25 de julio de 1935 y que la muerte trágica de su hermano Rosendo Castillo según ya se sabe, tuvo lugar, el día 24 de mayo de 1939. De manera que no estaba en edad suficiente para darse plena cuenta de la gravedad de lo ocurrido, en términos tales que haya lugar a indemnizarle por un supuesto dolor moral que él personalmente sufriera.

Y lo que se dicé de Hernando Castillo es también desde luego aplicable a la hermana menor del niño muerto en el accidente, de nombre María Helena, o sea que su corta edad, puesto que no había cumplido aún un año, como nacida el 29 de julio de 1938, no da cabida para considerarla moralmente afectada por la muerte de su hermano.

En virtud de lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, el día cinco de oc-

tubre de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar FALLA:

1º Condénase a la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a pagar a los esposos Hernando Castillo y María Reyes Segura de Castillo la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente a cada uno de ellos o sea la cantidad total de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), por el daño moral de afección que aquellos recibieron con motivo de la muerte trágica de su hijo menor de edad Rosendo Castillo, acaecida el día 24 de mayo de 1939, en la línea del Ferrocarril de Girardot, de propiedad del Estado. Este pago se hará en el término de cinco días siguientes a la fecha en que el Tribunal reciba el expediente.

2º Absuélvese a la Nación de pagar a los menores Helena y Hernando Castillo Segura, representados en este juicio por su padre legítimo Hernando Castillo, cantidad alguna, por concepto de daño moral de afección que aquellos recibieran con motivo de la muerte trágica del hermano de ellos Rosendo Castillo, ocurrida el día 24 de mayo de 1939, en la línea del Ferrocarril de Girardot, de propiedad del Estado.

3º Por falta de demostración, se absuelve a la entidad demandada de la condena al pago de cualquier clase de perjuicios patrimoniales en razón del mismo hecho;

4º Se absuelve también a la Nación y al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales de los demás cargos formulados en la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente e insértese este fallo en la GACETA JUDICIAL.

Miguel Arteaga H. — José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ANIBAL CARDOSO GAITAN Y ARTURO TAPIAS PILONIETA

Con el respeto que se merecen las ideas en que se funda el fallo anterior, tenemos que salvar nuestros votos, a virtud de una apreciación distinta de los hechos y del derecho de la que le sirvió a la mayoría para condenar al Consejo de Ferrocarriles, pues en nuestro concepto tales hechos conducían a otra solución. Nuestro disentimiento se funda así:

1º La Sala encuentra que la presunción de culpabilidad en contra de la parte demandada por el accidente férreo en que pereció el niño Hernando Castillo no había sido desvirtuada. Nosotros creemos lo contrario; que la forma de producirse el accidente según está acreditado, y lo contempla la sentencia, descarta la aplicación de la presunción, y enseña en cambio que el hecho pone por si mismo de manifiesto que se realizó por intervención de elemento extraño, a actos u omisiones culposos de la empresa. Se trata de un niño que transitando por un sendero público, paralelo a la línea férrea, asustado por la presencia de un animal se lanza sobre la carrilera en los momentos en que el tren iba marchando en reverso y a la velocidad acostumbrada en ese sitio, para llegar a la Estación de la Esperanza.

2º Se ha contestado que el sendero es el camino obligado de los niños que concurren a la escuela que funciona en edificio ubicado próximo a la carrilera en el lado opuesto al sendero. Es pues una vía pública, usada además por los habitantes del caserío de La Esperanza. En estas circunstancias el público le ha impuesto esa servidumbre al ferrocarril, y la forzada aceptación de semejante situación por parte del ferrocarril, mal puede constituír un acto culposo de éste.

3º Y la prueba de que el sendero es a modo de una calle pública inmediata a la carrilera, es el hecho de que al lado del puente del ferrocarril sobre el río Apulo, existe otro puente construído para el tránsito de los peatones, el cual comunica los patios de la estación de La Esperanza con la vía que lleva a la escuela.

4º En la inspección ocular practicada por el Tribunal de primera instancia se comprobó que para ganar la pendiente que existe antes de llegar a la estación de La Esperanza, los trenes tienen que mantener una velocidad mínima de 35 kilómetros, que era la que llevaba el tren en el sitio en que arrolló al niño Castillo. Esta circunstancia, inmodificable, dadas las condiciones de la línea férrea en el Switch de La Esperanza, en donde los trenes tienen que circular en reverso, necesariamente obliga a quienes hacen uso del sendero y del puente aledaños al ferrocarril, construídos en la zona correspondiente a las carrileras, a transitar con el cuidado y las precauciones debidas para evitar ser arrolladas.

5º Si el niño Castillo transitando por cerca de la carrilera, ante la presencia súbita de una res y del tren que iba subiendo en reverso hacia la estación de La Esperanza, asustado intentó pasar al otro lado de la carrilera, siendo cogido por el último carro, ello entraña una circunstancia que en lugar de envolver culpa del ferrocarril, acredita precisamente lo contrario. El peligro en el mencionado Switch, que por su naturaleza es permanente y notorio, impone al público el deber jurídico de resguardarse convenientemente. El dueño de una actividad peligrosa está obligado a ejercerla con el mayor cuidado y diligencia para evitar daños a terceros; empero, esta obligación en manera alguna significa que respecto de terceros se consagre la impunidad de comportamiento y que ellos tengan el derecho de despreocuparse de sus actos ligeros e imprudentes, cometidos aún en estado de atolondramiento.

6º Es evidente que el niño tuvo que ser cogido por el tren al tratar de atravesar la carrilera de un manera imprevista. Como el tren subía a la velocidad acostumbrada y reglamentaria de 35 kilómetros, para ser arrollado es claro que tuvo que arrojarse a la carrilera en el momento mismo en que pasaba el primer carro del convoy, pues de lo contrario nada sucede pues el niño alcanza a ponerse a salvo del otro lado de la carrilera. Esto

es obvio y es la apreciación real de los hechos. Por ello los peritos Castillo Camacho y Uriza Corredor dicen algo que es apenas el reflejo de la realidad cuando afirman en su dictamen que "estando establecido que el menor Castillo atravesó la carrilera a una distancia máxima de 1.50 metros del sitio donde se encontraba el tren en ese momento, queda demostrado que era absolutamente imposible evitar el accidente, no obstante la aplicación de los frenos, que a nuestro juicio fue oportuna y en un todo ajustada a la forma en que tal maniobra debe ejecutarse. En síntesis el accidente no podía evitarse, porque el tren no podía parar instantáneamente, que era la única forma posible de evitar el accidente, y que es lo que se nos exige establecer".

7º Nos parece por lo visto que como afirmamos al principio, los hechos mismos aceptados en la sentencia están poniendo de presente la inculpabilidad del ferrocarril y por ende su irresponsabilidad. El accidente se produjo por la intervención misma de la víctima. Insistir por lo tanto en condenar a la empresa, es inspirarse en el criterio rígido y mecánico de la teoría del riesgo, incompatible con los principios legales que inspiran nuestro derecho positivo sobre responsabilidad extracontrato, basados en la existencia de una culpa probada o presunta cometida por el responsable.

8º Estiman los suscritos Magistrados que no es jurídica la tesis del fallo que sienta la responsabilidad de la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en el caso del pleito que la sentencia desata, porque se funda esencialmente en la sola consideración de la peligrosidad que implica el movimiento de los trenes en la forma en que se hace en el trayecto de la línea del ferrocarril donde ocurrió el accidente. Precisamente la peligrosidad manifiesta del tránsito de los trenes de la empresa **en reverso,** en el switch de La Esperanza, está indicando a todas las personas que el tránsito por la carrilera o a los lados de ella, por la zona de la empresa, los debe colocar siempre en guardia contra un accidente que con mucha facilidad puede producirse; las personas que transitan por la líneas férreas, pero más aún las que lo hacen en un trayecto como el en que ocurrió el accidente, donde los trenes se mueven en reverso, se colocan por su voluntad en situación de peligro, lo que necesariamente conduce a consecuencias en el campo de la responsabilidad culposa.

No es factor decisivo, en concepto de quienes este salvamento de voto suscriben, el que la víctima del accidente fuese un niño: podía muy bien ser un adulto, y las relaciones de derecho entre las partes serían idénticas, pues la voluntaria colocación en el sitio de peligro, del peatón, frente a la empresa ferroviaria, hace que los casos sean iguales.

Obsérvese que la escuela de donde el niño salió para luego tomar la vía contigua a la carrilera del ferrocarril, no es escuela de la empresa sino del corregimiento de La Esperanza; lo que significa que el ferrocarril no tenía interés alguno en el tránsito del niño por la zona de su propiedad.

Es más general y trascendente el caso que contempla el fallo, de lo que concretamente pudiera aparecer; pues él es tan sólo uno dentro de los varios que suelen ocurrir, en circunstancias análogas, en distintas partes de las líneas férreas del país por donde transitan trenes en sitios donde el interés del público por servirse de la zona de los ferrocarriles para transitar ha consagrado una aceptación a la vista de todos del aprovechamiento por los particulares de las zonas de la empresa para movilizarse por ellas, en beneficio, se repite, exclusivo, de los habitantes de poblados o de quintas u otras construcciones hechas sobre la línea del ferrocarril, que no tienen otro modo de comunicación que la zona misma. Es frecuente ver en las proximidades de las estaciones de ferrocarril cómo sobre la línea se han levantado residencias y cómo los habitantes de ellas al descender de los trenes, en la estación, toman la zona de la empresa para ir a sus casas.

Exigir, como parece deducirse de la sentencia, que los ferrocarriles nacionales o las empresas ferroviarias privadas mantengan permanente y cuidadosa vigilancia en todas las extensiones de las vías donde se realiza el tránsito por particulares en la forma que acaba de explicarse, implicaría, en concepto de los suscritos magistrados, echar sobre esas empresas una carga injustificada y causar al propio tiempo una perturbación de carácter grave en el modo como se desarrollan las actividades de tránsito en todas las empresas ferroviarias que atraviesan lugares poblados, en la entrada y salida de las ciudades o simplemente en las estaciones de las líneas.

Reconocen los magistrados que salvan su voto que hay un deseo plausible de tutela en la vida

humana, expuesta al peligro de accidentes ferroviarios, cuando se pretende que las empresas asuman en todo caso la vigilancia para evitar que se causen accidentes. Sin embargo, las reglas un tanto abstractas, así sean tan de razón y lógica como las que presenta el fallo, pueden no acomodarse, consultando la equidad y la justicia, a la realidad en que operan y se cumplen los hechos cuyo juzgamiento viene al conocimiento de los jueces. Las empresas ferroviarias adquieren la propiedad de las zonas para tender sus líneas y para que sus obreros o empleados vean de su conservación; no las adquieren para que por ellas transiten los particulares. Esta consideración parece determinante y definitiva en el criterio que se adopte y que debe informar la solución de los problemas de la clase del que confronta la sentencia. El particular que invade la zona de un ferrocarril para transitar por ella se coloca transitoriamente en estado de peligro para su integridad física, por lo que pueda ocurrirle debido al tránsito de los vehículos de la empresa ferroviaria.

No quiere esto decir que siempre, y en todo caso, la responsabilidad por la culpa se traslade a los peatones que usan de las zonas de los ferrocarriles y que ninguna responsabilidad le quepa nunca a la empresa que los administra. Es claro que las reglas comunes de culpabilidad siguen jugando, aun dentro de ese estado de peligro en que voluntariamente se sitúan los particulares, porque si, por ejemplo, y siéndole posible al maquinista evitar un accidente, en una recta donde puede ver a distancia suficiente para detener la máquina, a una persona que se halla en peligro de ser cogida por ésta, no la detiene, entonces, no obstante hallarse esa persona en el estado voluntario de peligro a que se ha hecho referencia, el empleado de la empresa incurre en responsabilidad, porque pudiendo evitar el accidente no lo evita.

Otra cosa distinta es la que ocurre, como ya se ha expresado, en el caso de este pleito. Los trenes en el trayecto de La Esperanza se mueven en reverso; un peatón —un niño— transita por la zona del ferrocarril en ese trayecto y es cogido por un tren que va en reverso y acaba de salir de una curva, en circunstancias en que es del todo imposible que el maquinista pueda darse cuenta del peligro en que está una persona, colocada en el otro extremo de una curva o de un ángulo que se formá por los vagones del convoy. Transitando de ese modo un tren, como ocurrió el accidente de La Esperanza, no es posible que para evitarlo aquél suspenda su marcha.

Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SE DECLARA QUE NO HAY LUGAR A LA ACLARACION SOLICITADA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Solicita Raimundo Moreno López aclaración de la sentencia proferida por esta Sala al resolver en segunda instancia la demanda que presentó contra la Nación.

En el memorial enviado a la Sala el solicitante hace un recuento de los documentos aducidos como pruebas para fundar su acción y termina advirtiendo que se dirige "ante el Tribunal más elevado del Ramo Judicial para que se considere el auto de 28 de junio próximo pasado dictado por el H. señor Magistrado Ponente Aníbal Cardoso Gaitán y en contra del cual niega la indemnización de los perjuicios que he pedido con todo respeto a las autoridades y causadas por el despido que fue rectificado en fecha 23 de noviembre por la P. N. y anulada la rectificación con el nuevo retiro del primero de marzo de 1939, con móviles de **expulsado**".

La Corte advierte que la providencia dictada por ella en este juicio no es auto, sino sentencia definitiva que no es revocable ni reformable por la Sala y que no fue proferida por el Magistrado sustanciador sino suscrita por todos los Magistrados que la componen.

Se aclara una sentencia según el artículo 482 del C. J. "Cuando los conceptos o frases... ofrezcan verdadero motivo de duda"; y según la misma disposición declara, son inmodificables estas providencias.

Ya se hizo notar que el memorialista hace un recuento de las pruebas que presentó, y una relación de sus actividades como funcionario de la Policía Nacional, tendientes a demostrar que con injusticia fue despedido de esa institución, pero en ninguna parte solicita que se aclaren en la sentencia conceptos o frases que ofrezcan motivo de duda.

Finalmente, el señor Moreno López pregunta a la Sala "¿cuál es el procedimiento efectivo para por medios legales hacer efectivo en estos momentos mis derechos legales?" Aunque a la Corte no corresponde absolver esta clase de consultas, hace notar que en la sentencia dictada en este juicio se dijo claramente qué caminos puede seguir el actor en las reclamaciones que ha hecho ante la justicia ordinaria. En esa providencia se analizan detenidamente todas y cada una de las peticiones hechas en la demanda, se explican las razones por las cuales no prospera y se dice cuál es la vía legal que debe seguirse contra las resoluciones emanadas del Organo Ejecutivo. Y la circunstancia de que en el memorial de que se hace mérito no se solicite la aclaración de "conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda" descarta la posibilidad de que se hagan aclaraciones al fallo.

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 resuelve que no hay lugar a aclarar la sentencia dictada en el juicio de Raimundo Moreno López contra la Nación.

Notifíquese y cópiese.

Miguel Arteaga H. — José M. Blanco Núñez. Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Sric. en ppdad.

ACCION DE DOMINIO—PRESCRIPCION

1.—La prescripción cumple dos funciones en la vida jurídica: por ella se adquieren las cosas ajenas mediante su posesión durante cierto tiempo y por ella también se extingue el derecho a las cosas, por el no ejercicio de éste y no uso de las acciones legales para protegerlo. La primera se llama prescripción adquisitiva del dominio y la otra prescripción extintiva. La prescripción adquisitiva debe reunir tres requisitos: 1º que la cosa u objeto sea susceptible de prescripción; 2º que la cosa haya sido poseída durante treinta años, y 3º que la posesión no haya sido interrumpida.

2.—La existencia de un título inicial de mera tenencia desvirtúa la posesión del que se ha levantado contra el dueño, en razón del contenido del artículo 777 del Código Civil, y porque la ley presume que quien ocupa una cosa a nombre de otra persona, la ha seguido ocupando en la misma forma precaria con que empezó a poseerla.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La señora María Jesús Rojas v. de Saldarriaga demanda ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial a la Nación, representada por el respectivo Fiscal del Tribunal, para que se declare a favor de la actora la prescripción adquisitiva de un lote de terreno, ubicado en Bogotá, con los siguientes linderos: por los costados norte y occidente la Quinta de Bolívar y por el oriente y sur la ronda del río San Francisco.

Se fundamenta la acción en estos hechos:

1º Que más de treinta años la demandante y su familia han ocupado el referido lote; 2º Que durante este lapso de tiempo han ejecutado actos positivos propios de dueño; 3º Que en el mismo tiempo no han pagado arrendamiento, ni reconocido derecho ajeno; 4º Que la Nación es la actual dueña de la Quinta de Bolívar, de la cual hace parte el lote que ahora reclama por prescripción extraordinaria la actora, 5º Que de conformidad con el artículo 2517 del Código Civil, contra la Nación corre la prescripción, y 6º Que el lote reclamado por la demandante vale más de dos mil pesos.

En derecho se apoya la demanda en el Título 41 del Libro 4º del Código Civil, en la Ley 120 de 1928 y en todas las disposiciones vigentes sobre prescripción adquisitiva.

A la demanda puso fin el Tribunal del conocimiento en sentencia del trece de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, en que se absuelve a la Nación de los cargos formulados en el libelo. El juzgador **a-quo** tuvo en cuenta para su decisión la carencia de prueba que demostrara la posesión de la demandante con ánimo de dueño, por el tiempo necesario para la prescripción.

Las dos partes, señora de Saldarriaga y la Nación, apelaron de la providencia de primera instancia ante esta Sala de la Corte, la que por haberse dado al negocio la tramitación de rigor, procede a dictar el fallo correspondiente.

La prescripción cumple dos funciones en la vida jurídica: por ella se adquieren las cosas ajenas mediante su posesión durante cierto tiempo y por ella también se extingue el derecho a las cosas, por el no ejercicio de éste y no uso de las acciones legales para protegerlo. La primera se llama prescripción adquisitiva del dominio y la otra prescripción extintiva.

La prescripción adquisitiva, que es la ejercitada por la demandante señora de Saldarriaga, debe reunir tres requisitos: 1º Que la cosa u objeto sea susceptible de prescripción; 2º Que la cosa haya sido poseída durante treinta años, y 3º Que la posesión no haya sido interrumpida.

En cuanto al primer requisito, la Sala nada puede objetar, porque aunque la Quinta de Bolívar fue comprada por el Estado para cumplir un fin patriótico y es dada al público para que la visite a determinadas horas, es lo cierto que conserva el carácter de bien fiscal de la Nación, forma parte del patrimonio de ésta, y como tal, es susceptible de prescripción, enajenación o cualquier otro modo de adquirir o perder el dominio.

El segundo requisito, que el terreno ocupado por la actora haya sido poseído durante treinta años, se halla sujeto a prueba. En la primera instancia se trajeron a autos los testimonios de Francisco Canales, Carlos Araque, Miguel Cancelado, José Martínez, Carlos Moncada, José Isidro Girón y Rafael Argáez, sobre cada uno de los cuales el Tribunal hace detenido estudio y concluye: "Solamente los testigos Carlos Moncada y José Isidro Girón hablan de que la demandante María Jesús Rojas v. de Saldarriaga ha estado habitando con su familia la casa que hace parte de la Quinta de Bolívar, desde hace más de treinta años, haciendo algunas obras y mejoras por su propia cuenta. Se observa, sin embargo, que éstos dicen que cuando de la Quinta de Bolívar era dueño Carlos Moncada G. y antes de pertenecer a la Nación, la señora Rojas v. de Saldarriaga 'reconocía dominio ajeno' y que pagaba al mismo señor Moncada G. 'un pequeño arriendo'. Y como de las copias de las escrituras y del certificado del Registrador que figuran en el expediente, se desprende que Carlos Moncada G. fue propietario del inmueble denominado 'Quinta de Bolívar' hasta el año de 1918, resulta evidente que hasta esa época la demandante viuda de Saldarriaga ocupaba la finca no como dueña sino como simple **tenedora,** a título de arrendataria, circunstancia que lógica y jurídicamente excluyó su condición de poseedora, por carecer del elemento **ánimus domini** que exige la ley para que formalmente pueda asumir el carácter de tal, según el artículo 762 del C. C." El análisis del Tribunal es exacto y ceñido a la realidad procesal.

En la segunda instancia fueron recibidas por el Magistrado sustanciador, declaraciones a Rosa Torres v. de Martínez, Clara Valenzuela de Mejía, Ana Amaya de Iriarte, José Joaquín Prieto Garzón, María Josefa Vela de Pachón, y por los Jueces de Samaniego en el Departamento de Nariño, y de Girardot, a los señores Pedro Puerto y Libardo Martínez, respectivamente.

De estos testimonios aparecen uniformemente acreditados dos hechos: primero, que la familia Saldarriaga fue llevada a ocupar la parte de la Quinta de Bolívar que hoy reclama, por el señor Carlos Moncada, su propietario, y un doctor Ospina (no se da el nombre en ninguna pieza del expediente) para que el señor José Saldarriaga, esposo de la actora, manejara una fábrica de cerveza que el doctor Ospina había instalado en una parte de la Quinta de Bolívar y para que cuidara a la misma Quinta de ladrones y atendiera a sus jardines y aseo. Segundo, que la familia Saldarriaga ocupa el lote de la Quinta de Bolívar a que se refiere la demanda, desde el año de 1908.

Sobre los dos puntos anotados dice la señora Torres de Martínez: "Me consta que el doctor Ospina puso una fábrica de cerveza en una parte de la Quinta de Bolívar y que llevó para que la manejara al señor José Saldarriaga, no recuerdo en qué año; el doctor Ospina cedió al señor Saldarriaga las dos piezas que quedan a la orilla del río para que viviera con su familia y le ayudara a manejar y cuidar la fábrica de cerveza.... El doctor Ospina entregó a don José Saldarriaga y a la familia de éste esa parte de la Quinta con el fin de que allí vivieran y ayudaran a cuidarla y a evitar que los ladrones se entraran por esa parte como ocurrió en una ocasión... Por el conocimiento personal que tengo de los hechos sé y me consta que desde hace treinta y cinco años ha vivido en la faja de terreno la familia Saldarriaga de que hablé antes". La señora Valenzuela de Mejía expresa: "Me consta que la familia Saldarriaga vivía, desde fines del año de 1909, en que la conocí, en el lote en que existía la fábrica de cerveza, que puso allí el doctor Ospina. También tengo conocimiento de que la Quinta de Bolívar en aquella época pertenecía al señor Carlos Moncada... Me consta que la mencionada familia Saldarriaga ayudaba a cuidar la Quinta de Bolívar de las frecuentes incursiones de los ladrones, cosa que ocurría casi siempre en las horas de la noche". La señora Amaya de Iriarte manifiesta: "También he tenido conocimiento de que esa parte (se refiere al lote) le fue entregada por don Carlos Moncada a la familia Saldarriaga para que viviera y ayudara a cuidar la Quinta de Bolívar y a evitar que los ladrones se entraran por allí, como varias veces ha ocurrido". El señor Prieto Garzón declara: "Me consta que la Quinta de Bolívar era propiedad del señor Carlos Moncada y que el doctor Ospina puso una fábrica de cerveza en una parte de lo que constituye la Quinta de Bolívar. También me consta que la fábrica de cerveza que puso el doctor Ospina la manejaba el señor José Saldarriaga y que aquél le dió a éste una parte de la Quinta para que viviera y ayudara a cuidar la fábrica... Le entregaron (el lote) don Carlos Moncada y el doctor Ospina a don José Saldarriaga y a la familia de éste, con el fin de que allí vivieran y ayudaran a cuidar la Quinta de Bolívar y

a evitar que los ladrones se entraran por allí, como varias veces lo hicieron, de tal suerte que la familia Saldarriaga favorecía los objetos existentes en la Quinta de Bolívar... Me consta por haber vivido cerca de la Quinta de Bolívar, que desde el año de 1908, vive la familia Saldarriaga en la propiedad contigua a la Quinta y alinderada arriba". (Cuaderno número 5, folios 4 y siguientes). La propiedad de la Quinta a favor de Carlos Moncada está acreditada además, por la escritura 595 de 1906. (Cuaderno 5, fl. 14 v.).

Lo primero, o sea, que la familia Saldarriaga fue colocada allí por don Carlos Moncada, propietario del inmueble y por el doctor Ospina, para que cuidaran la Quinta de Bolívar, como lo dicen las pruebas de la actora, demuestra que los Saldarriaga entraron a ocupar el terreno materia de la litis a título de tenedores de él, a quienes les fue concedida la facultad de habitar la casa a cambio de prestar algunos servicios al dueño de la Quinta, y que no entraron allí con ánimo de señores y dueños, desconociendo dominio ajeno, porque cuando ocuparon el inmueble nunca tuvieron el propósito de desconocer al señor Moncada su propiedad, según aparece del contenido de las pruebas en general y en particular de las declaraciones de primera instancia correspondientes a Carlos Moncada y José Isidoro Girón que examinó el Tribunal y cuya parte pertinente se transcribe arriba.

En el carácter de mera tenedora del inmueble, resultante de haber ejercitado la tenencia del lote que se disputa sin **ánimus domini,** no puede la actora fundar la prescripción que alega, porque según el artículo 777 del Código Civil, el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión y es ésta la que exige la ley para que se verifique la usucapión.

Agrégase a esto, que la existencia de un título inicial de mera tenencia desvirtúa la posesión del que se ha levantado contra el dueño, en razón del contenido ya citado del artículo 777 del Código Civil, y porque la ley presume que quien ocupa una cosa a nombre de otra persona, que la ha seguido ocupando en la misma forma precaria con que empezó a poseerla.

Es este el primer motivo para que no prospere la acción de prescripción iniciada por la señora de Saldarriaga.

En cuanto al segundo hecho, que la familia Saldarriaga ocupa el terreno litigioso desde el año de 1908, o sea, hace treinta y seis años, cabe observar que si en verdad ello es cierto, nada gana la actora en favor de su tesis sobre prescripción, por lo antes dicho, de que ha venido poseyendo el lote en el carácter de tenedora del señor Moncada primero, y luego de la Nación, ya que el tiempo no le ha cambiado esa calidad, y porque en el año de 1934, es decir, cuatro años antes de cumplirse el tiempo de posesión para adquirir derecho a la prescripción, aparece la familia Saldarriaga firmando un contrato de arrendamiento con el doctor Eduardo Restrepo Sáenz, Presidente de la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá, a cuyo cargo está la Quinta de Bolívar, sobre el lote-casa en litigio, por el término de tres meses prorrogables, a razón de $ 5.00 la mensualidad y con la obligación los arrendatarios de "cuidar el jardín de entrada de la Quinta de Bolívar, teniéndolo en perfecto aseo y arreglados los prados del parque que limita por uno de los costados con la casa materia de este contrato". El contrato de arrendamiento tiene fecha 17 de marzo de 1934. (Cuaderno número 3, fl. 30 v.).

En el juicio de lanzamiento que la Sociedad de Mejoras y Ornato de Bogotá propuso contra los habitantes de la casa que reclama por prescripción la demandante, se pidió por la hija de esta señora que se suspendiera "indefinidamente la acción de deshaucio iniciada contra mí, contra mi señora madre y demás familiares que habitan conmigo la casa situada en el barrio de Las Aguas de esta capital, casa que no está numerada y **que forma parte de la Quinta de Bolívar, y cuyos arrendamientos he venido pagando cumplidamente,** como se estipuló en el respectivo contrato de arrendamiento". (Subraya la Sala; fl. 32 del cuaderno número 3).

Luego la misma parte interesada en este juicio confiesa en el aparte anterior del memorial en que pedía se suspendiera el juicio de deshaucio, memorial que tiene fecha 17 de diciembre de 1935, que paga arrendamiento por la casa que ocupa, perteneciente a la Quinta de Bolívar, lo cual demuestra que reconoce derecho ajeno sobre el mencionado inmueble.

El abogado de la demandante alega ante la Corte que el contrato de arrendamiento del lote perteneciente a la Quinta de Bolívar fue suscrito por la señora María Teresa Saldarriaga de Mejía y no por la demandante, señora Rojas de Saldarriaga, por lo cual en nada le perjudicaba esa prueba, y que el "tal contrato representa una

tinterillada, una cosa simulada, hecha entre terceros".

Para la Sala no es motivo que cambie la situación jurídica de la actora que el contrato de arrendamiento lo firmara su hija, la señora María Teresa Saldarriaga de Mejía, porque respecto a los dueños de la Quinta de Bolívar es la familia de José Saldarriaga, es decir, el señor Saldarriaga, su esposa y sus hijos quienes han venido ocupando la casa-lote a título de tenedores, en compensación del cuidado y de la vigilancia de la Quinta, como lo asevera el propio señor apoderado; lo cual niega que el contrato fuese hecho por terceras personas respecto a la familia de José Saldarriaga. Y que el referido contrato sea simulado es cuestión que no se halla probada en el juicio.

Tan cierto es que el contrato de arrendamiento ligaba a la actora, señora María Jesús Rojas v. de Saldarriaga, y que se aprovechaba de él viviendo en la casa, que el juicio de lanzamiento fue dirigido contra ella y contra su hija María Teresa Saldarriaga de Mejía, y que esta señora en el aparte que ya se transcribió decía: "suspender indefinidamente la acción de deshaucio iniciada contra mí, contra mi señora madre, y demás familiares que habitan conmigo la casa".

De las consideraciones que preceden se llega a la conclusión de que no prospera la acción de prescripción adquisitiva instaurada por la señora María Jesús v. de Saldarriaga.

En vista de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, el trece de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Isaías Chaves—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

OPOSICION A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

Sobre las Resoluciones administrativas que suelen dictarse en el sentido de que determinados terrenos no son baldíos sino de propiedad particular ha expresado la Corte su opinión en una doctrina que puede resumirse así: Se les niega a tales actos administrativos la eficacia correspondiente a un título emanado del Estado en relación con el dominio privado de los terrenos amparados por sus declaraciones, fundándose para ello el juzgador en dos principales razones: 1ª Porque el espíritu de las disposiciones en virtud de las cuales obraba el funcionario que las dictaba no era otro que el de atender a una necesidad general, el amparo administrativo de los establecimientos agrícolas o industriales que representaran un aprovechamiento de las tierras en pro de la riqueza nacional, separándolas de aquellas que estuvieran incultas, sobre las cuales no existiera interés alguno por parte de los colonos, y que por lo tanto podían ser objeto de adjudicación a quien las solicitara a la correspondiente dependencia del Ejecutivo, mediante el respectivo trámite legal; cumpliéndose una gestión administrativa encaminada a realizar un empadronamiento de la propiedad particular, previas ciertas comprobaciones, de modo que las decisiones tomadas como resultado de tal gestión no eran en manera alguna reconocimientos jurídicos que hicieran tránsito a cosa juzgada, pues esta calidad solamente es propia de las providencias dictadas por el Organo Jurisdiccional; 2ª Porque los términos en que están redactadas tales Resoluciones dejan ver la ineficacia con que podrían ser alegadas como títulos traslaticios de dominio, con fuerza de verdad jurídica, ya que en ellas mismas se deja a salvo la posibliidad de su revisión por la autoridad competente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, dieciseis de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La Texas Petroleum Company, simultáneamente con el señor Pedro Londoño Sáenz, presentó al Ministerio de la Economía Nacional el 17 de octubre de 1939 una propuesta de contrato para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional en terrenos situados en jurisdicción de los municipios de Puerto Liévano, Yacopí, Caparrapí y Guaduas, Departamento de Cundinamarca. Como el área comprendida por las pretensiones de esta Compañía se superponía en gran parte a la que en la propuesta del señor Londoño se solicitaba, el mencionado Despacho Ejecutivo hubo de aplicar la disposición del artículo 16 de la Ley 37 de 1931 en orden a resolver la competencia suscitada por estas dos propuestas, y en consecuencia dictó las Resoluciones fechadas el 15 de diciembre de 1939 y el 12 de febrero de 1940, por las cuales admitió la presentada por el señor Londoño Sáenz. La Texas Petroleum Company formuló el 27 de febrero de 1940 una nueva propuesta sobre la parte de la primeramente rechazada que no quedó comprendida en la del señor Londoño Sáenz. Esta segunda propuesta fue aceptada por el Ministerio el 12 de abril del mismo año.

Las mencionadas Resoluciones de 15 de diciembre de 1939 y de 12 de febrero de 1940 fueron demandadas por la Texas ante el Consejo de Estado, y por la sentencia que puso fin a este juicio, dictada el 25 de julio de 1941, se aceptó la primitiva propuesta de la Compañía, a la cual correspondió el número 93.

La señora Josefina A. Vargas de Arana y el Hospital de Guaduas presentaron en tiempo oportuno oposiciones a la negociación propuesta por la Texas Petroleum Company, oposiciones que han sido remitidas con el expediente respectivo a la Sala de Negocios Generales de la Corte para que se decida sobre su fundamento legal.

Figura actualmente en calidad de proponente la Caldas Petroleum Company, debido a que, según consta en el cuaderno número 5 del negocio, la Texas Petroleum Company cedió a aquella entidad los derechos que le correspondían en la propuesta número 93, en memorial presentado al Ministerio de Minas el 12 de mayo del año anterior, sobre el cual recayó el 29 del mismo mes la providencia en que se acepta dicho traspaso y se ordena continuar la tramitación del asunto con la Compañía cesionaria.

Habiéndose surtido en esta Corporación el trámite del juicio breve y sumario correspondiente a las oposiciones que se produzcan en los contratos sobre petróleos de propiedad nacional, la Sala entra a dictar su decisión.

De conformidad con las piezas del expediente, el lote de la propuesta se puede individualizar así: está localizado en jurisdicción de los municipios de Puerto Liévano, Guaduas, Caparrapí y Yacopí, en el Departamento de Cundinamarca; su extensión superficiaria es de treinta y seis mil ciento veinte hectáreas y dos mil doscientos veinte metros cuadrados (36.120 hects. 2.220 metros 2), comprendida dentro de los siguientes linderos: "Se toma como punto de partida el señalado en el plano con la letra 'A', el cual se halla situado en la desembocadura de la quebrada o caño de 'El Retiro' en el río Magdalena, a treinta y nueve (39) metros al oeste de un mojón de cemento, hallándose dicha desembocadura a veintiun mil quinientos (21.500) metros de distancia al N. 10, 5º E. de la población o Puerto de La Dorada. Ese punto 'A' es el ángulo suroeste del terreno de La Ceiba, de propiedad privada de la Texas Petroleum Company y es el sitio en que la línea divisoria entra al referido terreno de La Ceiba y las tierras de The Colombia Railways and Navigation Company, Limited, llega al río Magdalena. De dicho punto A el lindero sigue en dirección de ochenta y nueve grados, veintiseis minutos al nordeste (N. 89º, 26' E.) y una longitud de ocho mil cuatrocientos veintisiete metros (8.427 mts.) hasta el punto K, donde hay un mojón de concreto, marcado con el número M-2; del punto K en línea recta de dos mil quinientos noventa y dos metros ochenta y tres centímetros (2.592.83) de longitud y dirección de sesenta y seis grados veinticinco minutos al Sureste (S. 66º 25' E.), hasta el punto señalado con la letra J, que se halla en la cúspide de la cordillera de San Antonio, determinado sobre el terreno por un mojón de concreto con la cifra M-3; este punto es el ángulo Sur-este de la propiedad de La Ceiba; desde el punto J se continúa en línea recta de longitud de mil ochocientos ochenta y tres metros cuarenta centímetros (1.883.40) en la dirección de sesenta y seis grados veinticinco minutos al Sur-este (S. 66º 25' E.) hasta el punto Z, determinado en el terreno con un mojón de cemento con la cifra M-4 y que se halla situado en la margen occidental del río Negro; continúa luego el lindero desde el punto Z por la orilla occidental del río Negro, aguas arriba hasta un punto situado exactamente frente a la desembocadura del río Macopay en el río Negro y señalado en el plano con las letras NN; la línea recta que une el punto Z con el punto NN tiene rumbo de dieciocho grados veintitrés minutos cuarenta y dos segundos al sur-oeste (S. 18º 23' 42" W.) y una longitud de ocho mil ochocientos sesenta y siete metros (8.867 mts.). Del punto NN al X, entre los que media la distancia de mil quinientos veinte metros cuarenta y siete centímetros (1.520.47 mts.) en dirección de cincuenta y cinco grados veintidós minutos al nordeste (N. 55º 22' E.), la línea atraviesa el río Negro, pasa por la desembocadura en éste del río Macopay y sigue el límite sur de los terrenos de Terán. Del punto X el lindero sigue por todo el filo o cumbre de la cordillera que divide aguas entre el río Macopay y el río Negro hasta el punto de la misma cordillera señalado en el mapa con las letras CA, que queda en dirección de treinta y ocho grados, cuarenta y seis minutos y treinta segundos al nordeste (N. 38º 46' 30" E.) y a una distancia de cinco mil ochocientos treinta y seis metros veinte centímetros (5.836.20 mts.) del punto X. Del punto CA en línea recta hasta la confluencia de la Quebrada Salinas y el río Macopay, punto señalado con las letras SN y que se halla a una distancia de seis mil setecientos setenta y dos metros catorce centímetros (6.772.14 mts.) del punto CA, en la dirección de doce grados cincuenta y cuatro minutos y treinta y cinco segundos al Suroeste (S. 12º 54' 35" W.). Del punto SN se sigue una línea recta imaginaria en dirección de veinticinco grados tres minutos y treinta segundos al Suroeste (S. 25º 03' 30" W.) y con una longitud de diez y ocho mil cuatrocientos noventa metros ochenta y siete centímetros (18.490.87 mts.) hasta el punto RN. Del cual se sigue otra recta con rumbo de noventa grados al Suroeste (S. 90º W.) y longitud de siete mil (7.000) mts. hasta el punto TN, el cual constituye el ángulo nordeste de la hacienda de Valparaíso; del punto TN al punto UN la línea sigue por todo el lindero norte de la referida hacienda; las rectas que unen los diferentes puntos de ese trayecto tienen los siguientes rumbos y longitudes: De XI (igual a TN) — XII 1.802.50 metros N. 50º 00' W. — XII—XIII — 408 metros N. 79 grados W. — XIII — XIV — 33 metros N. 80º 00' W. XIV—XV—522 metros. N. 78º 50' W. XV—XVI.

(igual a UN)—204.65 metros, N. 41º 00' W. Este punto señalado con las letras UN (XVI) corresponde al ángulo noroeste del perímetro de Valparaíso y se halla situado en la desembocadura de la quebrada de Purnio en el río Magdalena. De dicho punto UN el lindero sigue por toda la orilla oriental del río Magdalena, aguas abajo de éste, hasta el punto de partida, señalado con la letra A. El rumbo de la recta que une el punto UN con el punto A es de ocho grados y cincuenta y cinco segundos al nordeste (N. 8º 00' 55" E.) y su longitud de veintiseis mil ochocientos ochenta y cinco metros setenta y un centímetros (26.885.71 metros).

Se ocupa la Sala en primer lugar de la oposición formulada por la señora Josefina A. Vargas de Arana, quien presentó con el memorial de oposición los documentos en que apoya su derecho de propiedad sobre el suelo y el subsuelo de la hacienda de "Cambrás", situada en jurisdicción de los municipios de Caparrapí y Puerto Liévano, y además, dos planos topográficos de la región, para comprobar la superposición de los terrenos de la propuesta y los de la finca mencionada.

Aunque en el memorial citado no se fijan con precisión los linderos, por los estudios hechos sobre los títulos aducidos y los planos que figuran en el expediente, se puede deducir que la hacienda de "Cambras" está comprendida en los terrenos materia de la propuesta. Comprobada la existencia de este primer motivo de toda oposición, el hecho de hallarse superpuestas las tierras sobre las cuales versa la negociación propuesta al Gobierno para explorar o explotar petróleo de propiedad nacional y aquellas sobre que se alega dominio privado por parte de un particular, la Sala debe pasar ahora al estudio de la titulación presentada por la opositora señora Vargas de Arana con el fin de constatar el valor probatorio que esos documentos tengan en orden a producir el reconocimiento de la propiedad privada del petróleo que se encuentre en el subsuelo de la finca en referencia.

Se compone la documentación de copias de escrituras de venta realizadas entre particulares, particiones, adjudicaciones, certificados de Registradores de Instrumentos Públicos, y una Resolución del Ministerio de Hacienda (28 de enero de 1895), todo lo cual forma una cadena de títulos que arranca de 1776, hasta el presente.

Acerca de las ventas, particiones, adjudicaciones, etc., efectuadas entre particulares, la Corte debe concluír, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, que tales instrumentos no son eficaces para comprobar la propiedad particular sobre un globo de tierra petrolífera, porque el citado artículo sólo le reconoce validez para tal efecto a los títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Con respecto a la Resolución del Ministerio de Hacienda, fechada el 28 de enero de 1895, la Sala observa:

La parte resolutiva de dicha providencia dice: "Revócanse las Resoluciones de este Ministerio de 19 de mayo de 1891 y 14 de septiembre de 1891, quedando subsistente la de 24 de abril del mismo año, por la cual se declaró que no son baldíos, sino de propiedad particular, los terrenos denominados 'Ceiba', 'Guásima' y 'Rionegro' en el Distrito de 'La. Paz' comprendidos en los linderos que allí se expresan".

En sentencia reciente la Corte ha expuesto su opinión en lo tocante con la finalidad y el alcance de las Resoluciones administrativas del género de la que se considera en el presente caso, en una doctrina que puede resumirse así: se les niega a tales actos administrativos la eficacia correspondiente a un título emanado del Estado en relación con el dominio privado de los terrenos amparados por sus declaraciones, fundándose para ello el juzgador en dos principales razones: 1ª porque el espíritu de las disposiciones legales en virtud de las cuales obraba el funcionario que las dictaba no era otro que el de atender a una necesidad general, el amparo administrativo de los establecimientos agrícolas o industriales que representaran un aprovechamiento de las tierras en pro de la riqueza nacional, separándolas de aquellas que estuvieran incultas, sobre las cuales no existiera interés alguno por parte de los colonos, y que por lo tanto podían ser objeto de adjudicación a quien las solicitara a la correspondiente dependencia del Ejecutivo, mediante el respectivo trámite legal; cumpliéndose una gestión administrativa encaminada a realizar un empadronamiento de la propiedad particular, previas ciertas comprobaciones, de modo que las decisiones tomadas como resultado de tal gestión no eran en manera alguna reconocimientos jurídicos que hicieran tránsito a cosa juzgada, pues esta calidad solamente es propia de las provi-

dencias dictadas por el Organo Jurisdiccional. 2ª Porque los términos en que están redactadas tales Resoluciones, dejan ver la ineficacia con que podrían ser alegadas como títulos traslaticios de dominio, con fuerza de verdad jurídica, ya que en ellas mismas se deja a salvo la posibilidad de su revisión por la autoridad competente; en efecto, en la parte motiva de la Resolución que ahora se examina, encuéntrase el siguiente aparte: "No se cree necesario advertir que la Resolución que va a dictarse, regirá y surtirá sus efectos mientras que la autoridad judicial competente no decida lo contrario", con lo cual aparece claro que tal providencia no contiene cosa distinta a un concepto de la Administración acerca de un presunto derecho de propiedad sobre determinados terrenos". (Sala de Negocios Generales, sentencia de catorce de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro sobre las oposiciones formuladas a la propuesta de contrato del señor Hernando Franco para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional en Rionegro, Lebrija y Puerto Wilches).

Las consideraciones que anteceden autorizan a la Corte a no reconocer fuerza legal suficiente para respaldar esta oposición, a la documentación aducida por la señora Josefina A. Vargas de Arana.

La oposición del Hospital de Guaduas tiende a sustraer a las pretensiones de la Compañía proponente la extensión ocupada por la finca denominada "La Oscura", ubicada en el Municipio de Caparrapí, Departamento de Cundinamarca, y delimitada así: "El punto donde terminan las cuatro leguas de distancia de la plaza de Caparrapí por el lado de la quebrada de Salinas, ésta abajo hasta su confluencia con el río Macopay, éste arriba hasta perder su nombre, de aquí a la loma del Zamal y por el filo de ésta hasta la quebrada 'La Oscura', de allí al 'Alto del Chulo' donde hay un mojón, de aquí hacia el Sur toda la Cordillera hasta terminarla y de allí hasta donde las cuatro leguas de Caparrapí, hasta la quebrada de Salinas, primer lindero". Con el memorial de oposición se acompañaron los siguientes documentos: la escritura pública número 705 de fecha 2 de agosto de 1888, de la Notaría 3ª de Bogotá, en que consta la protocolización de las diligencias relativas al remate del lote de "La Oscura" hecho por el señor Roberto Salcedo, el 9 de noviembre de 1865 ante el Agente Recaudador de Bienes Desamortizados, y la correspondiente aprobación de tal acto por la Junta de Crédito Nacional en su sesión del día 27 de noviembre siguiente; el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de La Palma en que se da fe de que el Hospital de Guaduas adquirió la hacienda "La Oscura" en virtud de legado hecho a esa entidad por el señor José Delgado, y de que actualmente el Hospital es propietario de la mencionada finca.

No figura en el expediente prueba alguna tendiente a demostrar la superposición de los terrenos materia de la propuesta y los comprendidos por la propiedad en referencia. Sin embargo de que en las investigaciones administrativas realizadas con el fin de establecer este requisito indispensable en tratándose de oposiciones (Fl. 4 del cuaderno número 6 del expediente, informes del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos), se llegó a la conclusión de que tal superposición no existía, el opositor no presentó en el juicio los elementos necesarios para poner de manifiesto la posibilidad de que se viole su derecho de propietario con la celebración del contrato con la Caldas Petroleum Company, por superponerse el área de la propuesta y la de su propiedad. Se observa, no obstante, con base en la dirección de las líneas que forman los linderos de la propuesta y los de la hacienda "La Oscura", que la extensión de ésta es apenas tangente a la de aquélla en el punto de confluencia de la quebrada de Salinas con río Macopay, de manera que, atendida esta circunstancia, lo más probable es que no exista motivo para que el Hospital de Guaduas se oponga a la negociación propuesta por la citada Compañía, por lo cual es innecesario hacer el estudio de los títulos presentados por tal opositor. La Corte en esta clase de negocios ha seguido el procedimiento lógico de dirigir sus primeras investigaciones hacia el establecimiento de la situación de hecho que induce a oponerse a la celebración de un contrato sobre exploración y explotación de petróleo nacional, por razón de superposición de áreas, y una vez encontrada ésta, concretarse a la decisión de la controversia jurídica en sus otros aspectos, analizando las razones de derecho que alega el opositor. No hallándose claramente establecido el hecho generador de la oposición, es improcedente considerar las razones jurídicas aducidas para sustentarla.

En consecuencia, la Sala de Negocios Genera-

les de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no fundadas legalmente las oposiciones de la señora Josefina A. Vargas de Arana y el Hospital de Guaduas, a la propuesta de contrato para explorar y explotar petróleos de la Nación en una zona situada en los Municipios de Yacopí, Caparrapí, Puerto Liévano y Guaduas, del Departamento de Cundinamarca, presentada por la Caldas Petroleum Company y comprendida dentro de los linderos que en la parte motiva de esta providencia se expresan.

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

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Isaías Chaves—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

1.—Respecto a un comprador de un automóvil que se halla en las condiciones de inferioridad jurídica con relación a su vendedor que le ha transferido el goce de él bajo la cláusula 'reservati dominii', inferioridad que repercute sobre su patrimonio propio, puede controvertirse al menos si le es aplicable el contenido de la regla general del art. 2342 del Código Civil, que se refiere a un caso simple de indemnización que ha de pedir el propietario de un bien, o si al contrario, aunque denominado ese comprador mero depositario del bien respectivo, es en él donde está radicado el interés jurídico para demandar la indemnización por el daño sufrido por culpa de extraños respecto a dicho bien; y, más aún cuando aparezca que fue realmente el comprador quien atendió en el hecho, con sus propios recursos, a la reparación material del vehículo de que se trata. En el caso de autos la prueba del dominio del automóvil está a favor del comprador del vehículo, por haber pasado aquél definitivamente al comprador.

2.—Aunque la forma normal de llevar a los autos durante el término probatorio del juicio instrumentos públicos es la señalada en el artículo 636 del Código Judicial, empero si tales instrumentos han sido allegados al juicio por presentación directa de una de las partes y así aceptado como prueba por el Juez del conocimiento en el correspondiente auto sobre admisión de pruebas, y sin objeción alguna de la parte contraria en el momento de tal aceptación, no puede concluirse que carezcan ellos, en absoluto, de todo mérito probatorio hasta el punto de llegar a admitir que por la forma como fueron presentados han de mirarse como si en realidad no figuraran en el proceso y desestimarse por completo en el fallo final. Presentados en forma distinta a la indicada en el artículo 636 del C. J. posiblemente no se les podría reconocer, en sí mismos considerados, el que procedan en realidad del funcionario público que dice expedirlos en ejercicios de determinadas funciones y de la manera que en ellos se expresa, ya que entonces la deficiencia de que se resentirían sería propiamente de la que en realidad no constaría en el juicio que se tratase de un genuino instrumento público, es decir, no constaría la autenticidad misma de él y en cuanto ésta consiste "en el hecho de haberse realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tales instrumentos se expresa" (Art. 21 del Código Civil).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero veinte de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Víctor Cock)

Del presente juicio ordinario instaurado por el doctor Arnaldo Donado A. contra el Departamento del Atlántico sobre indemnización de perjuicios, conoce la Corte en virtud de apelación interpuesta por el señor Fiscal del Tribunal contra la sentencia dictada por el Tribunal de Barranquilla el día 17 de mayo de 1943.

En dicha providencia falló el Tribunal de primera instancia así:

"Por todo lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONDENA al Departamento del Atlántico a pagar al doctor Arnaldo Donado A., inmediatamente que quede ejecutoriado este fallo, el valor de los daños y perjuicios materiales y morales causados por hecho o culpa del chofer que conducía el carro de la ambulancia el día siete de febrero de mil novecientos cuarenta al producirse el choque entre dicho carro de la ambulancia y el automóvil Nº 2116 de propiedad del demandante, condenación que se hace en abstracto".

Fue formulada la demanda por medio de apoderado, presentada ante el Tribunal el día 14 de noviembre de 1940, y en ella adujo, el demandante como hechos fundamentales de su acción los siguientes:

"1º Mi poderdante, doctor Arnaldo Donado A. es dueño de un automóvil marca "Ford" de ocho (8) cilindros y sesenta (60) caballos de fuerza, distinguido en su motor con el número 54-348332, sedan de cinco puertas y cuya placa de tránsito corresponde al número 2116 de la matrícula de Barranquilla.

"2º El día siete (7) de febrero del año en cur-

so, transitando mi poderdante por la Avenida Olaya Herrera de esta ciudad, observando todas las disposiciones vigentes sobre tránsito urbano, al llegar al crucero formado por la Avenida mencionada y la calle Caracas, fue arrollado violentamente por el carro ambulancia perteneciente al departamento del Atlántico, administrado por la Junta de Beneficencia del mismo Departamento, creada en virtud de la Ordenanza cincuenta y ocho (58) de 1931, y manejada dicha ambulancia por el chofer Miguel Arteta.

"3º El chofer Miguel Arteta manejaba el carro de la ambulancia por nombramiento hecho por la Junta de Beneficencia de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular.

"4º Mi poderdante está autorizado para manejar vehículos de motor, por patente que le fue conferida el día 3 de febrero del año pasado y en virtud de haber llenado todos los requisitos que se requieren para el efecto.

"5º El vehículo perteneciente al Departamento y administrado por la Junta de Beneficencia, traía el día que se produjo el accidente una velocidad irreglamentaria como lo declaró la Dirección de Tránsito de esta ciudad, autoridad señalada para resolver estas cuestiones y la que conoció del respectivo caso. Además, cuando el accidente se produjo la ambulancia no conducía enfermo alguno, más bien iba de regreso a su estación. El mencionado vehículo, a pesar de que el semáforo indicativo de la vía ordenaba parar, ya que estaba en color rojo del lado de la ambulancia, pasó dicho semáforo a la misma velocidad vertiginosa que traía.

"6º La Inspección Municipal de Tránsito, oídos los testigos presenciales, examinados los vehículos en el mismo lugar del accidente y con vista de los rastros y señales que quedaron en el lugar, resolvió que toda la responsabilidad en el accidente correspondió al chofer de la ambulancia, señor Miguel Arteta y consecuencialmente al Departamento.

"7º A consecuencia, del accidente, el carro de propiedad de mi poderdante, doctor Arnaldo Donado, quedó en tal estado lamentable de avería que las reparaciones que se le han hecho, con un gasto aproximado de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00) moneda legal, no lo han dejado en perfecto buen estado.

"8º Como se asegura en el hecho inmediatamente anterior, aún después de reparado, el carro no ha quedado funcionando normalmente por cierta asimetría en la carrocería y en el motor, lo que constituye una depreciación por lo menos del cincuenta por ciento, pues según técnicos en el ramo la asimetría del motor y de la carrocería producen un desgaste en todas las piezas que hacen muy costoso la utilización del vehículo. El precio del automóvil el día del accidente era la suma de un mil seiscientos pesos ($ 1.600.).

"9º El día del accidente mi poderdante ejercía, como actualmente ejerce, las funciones de Juez Primero del Circuito en el ramo Penal.

"10º La reparación del automóvil de mi mandante duró por espacio de cuarenta y cinco días porque hubo necesidad de pedir por conducto del señor Carlos Dieppa, una cámara de válvulas o tapa del motor que no la había en la ciudad.

"11º Como mi poderdante tiene su casa de habitación en la vecina población de Soledad y ejerce en esta ciudad el cargo de Juez, de acuerdo con su rango social y posición oficial, necesitó trasladarse de aquel municipio a éste y viceversa varias veces al día y a altas horas de la noche. La falta de su vehículo le obligó a hacer uso de automóviles de alquiler, sacrificando su comodidad y expuesto a veces por la mala calidad de los carros que hacen el tránsito entre esta ciudad y las poblaciones del Departamento. Para tales menesteres mi poderdante tuvo necesidad de servirse de automóviles de alquiler con un gasto en promedio de diez pesos diarios, sufriendo por tanto un perjuicio adicional de cuatrocientos cincuenta pesos moneda legal.

"12º De conformidad con lo expuesto anteriormente, mi poderdante ha sufrido perjuicios materiales por la suma de **un mil seiscientos pesos moneda legal** ($ 1.600.00) que discrimino así:

"a) Gastos de reparación.....	$ 350.00
"b) Desvalorización del carro.....	800.00
"c) Gastos de vehículos durante 45 días.	450.00
"TOTAL.....	$ 1.600.00

"13º Como consecuencia de los desembolsos que tuvo que hacer mi mandante para poner de nuevo el carro en condiciones de servicio, tuvo que tomar prestada la suma de **cien pesos** moneda legal ($ 100.00) a la señora María Escobar R., suma que no ha podido cancelar hasta la fecha a pesar de haber sido requerido varias veces para el pago. Además se vio obligado a atrasarse en el pago de dos letras libradas al señor Carlos Dieppa correspondientes a la cancelación del

mencionado vehículo. Hasta la fecha sigue atrasado en dicho pago y ha sido requerido varias veces con razón por el señor Dieppa.

"14º Como consecuencia de la conmoción sufrida, mi poderdante sufrió graves perturbaciones hasta el punto que permaneció atacado de insomnio por espacio de una semana más o menos y se le ha afectado la audición del lado izquierdo.

"15º Los dos últimos hechos constituyen para mi mandante graves perjuicios morales.

"16º A raíz del accidente se rumoraba en la ciudad que la culpa había estado de parte del doctor Arnaldo Donado, lo cual constituye un perjuicio moral, ya que como viene establecido éste desempeñaba las funciones delicadas de Juez en lo Penal en esta ciudad.

"17º Todos los perjuicios morales sufridos por mi mandante, doctor Arnaldo Donado A. los estimo en la cantidad de **cinco mil pesos moneda legal** ($ 5.000.00).

"18º Al tenor de los artículos 2347, 2349 y concordantes del Código Civil, al Departamento del Atlántico corresponde responder por los daños causados por sus dependientes y el señor Miguel Arteta lo era el día en que dio lugar al accidente a que me he referido".

En cuanto a la parte petitoria de la demanda, la formuló el demandante en los siguientes términos:

"Pido que se hagan las siguientes condenaciones:

"Primero.—Que el Departamento del Atlántico debe resarcir al doctor Arnaldo Donado A. los daños y perjuicios, morales y materiales que le ocasionó el carro ambulancia de propiedad del Departamento manejado por el señor Miguel Arteta, empleado departamental nombrado por la Junta de Beneficencia por delegación que en dicha Junta ha hecho el Departamento.

"Segundo. — Que la cuantía de los perjuicios asciende a la suma de **seis mil seiscientos pesos moneda legal** ($ 6.600) o a la que determinen peritos.

"Tercero.—Que la mencionada suma debe cubrirla íntegramente el Departamento al doctor Arnaldo Donado, o a quien haga sus veces, a más tardar seis días después de ejecutoriada la sentencia respectiva o dentro del término que en ella misma se señale".

Por lo que toca a los fundamentos de derecho fue alegada la doctrina contenida en los artículos 2347, 2349, 2341 y concordantes del Código Civil y también los artículos 76, 737 y concordantes del Código Judicial, así como la Ordenanza número 58 de 1931 del Departamento del Atlántico (sobre Junta de Beneficencia) y las disposiciones concordantes con ella.

Hubo de ser contestada la demanda por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla en escrito de 11 de febrero de 1941; quien, en representación del Departamento demandado, declaró no constarle ninguno de los hechos relacionados en la demanda; se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas y negó también los fundamentos de derecho expuestos por el demandante.

De otro lado en memorial de la misma fecha de la contestación de la demanda, el personero del Departamento denunció el pleito a la Compañía Colombiana de Seguros "por ser la mencionada Compañía de Seguros la entidad obligada a responder por todos los perjuicios que por accidente se ocasionen al vehículo asegurado, y los que éste proporcione a terceros".

El Tribunal que, en un principio, dispuso la admisión de la denuncia del pleito, posteriormente en providencia de 3 de abril de 1941, y en virtud de reclamación presentada a nombre de la Compañía de Seguros, revocó aquella resolución y resolvió, en cambio, que no había lugar a admitir dicha denuncia del pleito; y de ahí que el juicio se hubiera continuado sin la intervención de la Compañía expresada.

Más tarde y en memorial de 4 de abril de 1941, alegando el demandante estar dentro de los términos del artículo 208 del Código Judicial, dijo aclarar la demanda en el sentido de que "la acción va enderezada no sólo contra el Departamento del Atlántico sino contra la Junta de Beneficencia del Departamento, dependencia departamental".

Admitió el Tribunal esta aclaración de la demanda. Fue notificado el representante de la Junta de Beneficencia; quien, al contestar el traslado de la demanda referida, propuso las excepciones dilatorias de **inepta demanda e ilegitimidad de la personería,** excepciones que el Tribunal declaró inadmisibles, por cuanto fueron propuestas extemporáneamente, toda vez que ya había fenecido el término para contestar la demanda cuando fueron ellas formuladas.

Tal providencia del Tribunal fue confirmada luego por esta Sala de la Corte en auto de 2 de marzo de 1942.

Seguido el juicio en la primera instancia concluyó con el fallo del cual se hizo mención en un principio, sujeto hoy a la revisión de la Corte, merced a la apelación interpuesta por el señor Fiscal del Tribunal.

Los personeros de ambas partes litigantes presentaron extensos alegatos ante esta Corporación, habiendo sido representado el Departamento ante ella por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Solicita el señor Procurador la revocación de la sentencia condenatoria de primera instancia, fundado en razones de índole diversa.

En efecto: aunque parece punto incontrovertiblemente demostrado en el proceso que ocurrió un choque entre vehículos que dio lugar al daño del automóvil del demandante, el señor Procurador Delegado empieza por observar que: "La falta de prueba de que el chofer Arteta tuviera la calidad de empleado o dependiente del Departamento, es suficiente para que se absuelva a éste de todo cargo".

En realidad, y a juicio de la Corte, esta alegación del señor Procurador no puede conducir a la conclusión de que hay lugar a eximir de responsabilidad al Departamento por el daño causado al vehículo del demandante, puesto que la simple falta de documentos auténticos traídos al proceso sobre nombramiento y posesión de dicho empleado departamental, sólo podría llevar lógicamente a la conclusión de que la ambulancia del Departamento, que chocó con el carro del demandante doctor Donado, iba manejada por un extraño al servicio oficial del Departamento. Mas en tal supuesto la exención de responsabilidad de éste se desplazaría en el sentido de tener que demostrar dicha Entidad que tal extraño llegó a estar en aptitud de manejar la ambulancia, no obstante ser ella un bien departamental, y sin que se pudiera imputar al Departamento mismo culpa alguna por tal ocurrencia, culpa que desde luego consistiría en falta por parte del Departamento de la debida vigilancia de sus propios bienes departamentales; y, de manera especial, de uno cuyo manejo y utilización es de peligrosidad notoria cual acontece con la ambulancia mencionada.

No procede, por tanto, el reparo de que se viene hablando hecho por el señor Procurador Delegado en lo Civil, y presentado en pro de la absolución del Departamento demandado.

Formula luego este alto funcionario el siguiente argumento en favor de la absolución que solicita:

"Por otra parte, los perjuicios materiales alegados por el demandante como sufridos a consecuencia del accidente antes mencionado, se refieren a 'gastos de reparación, desvalorización del carro y gastos en vehículos durante cuarenta y cinco días', todos los cuales son apreciados por el doctor Donado en la suma de mil seiscientos pesos m/cte.

"Pero observa la Procuraduría que, de acuerdo con el contrato de venta del vehículo que se dice de propiedad del doctor Donado, contrato suscrito entre el señor Carlos Dieppa y el doctor Donado el 12 de julio de 1939 en Barranquilla y traído a los autos por la parte demandante, el vendedor señor Dieppa se reservó el derecho de dominio sobre el mencionado automóvil hasta el pago total del precio; en efecto, la cláusula tercera de dicho contrato (fl. 4, Cuad. 2), dice textualmente: 'El vendedor hace la venta del vehículo descrito en la cláusula primera **reservándose el dominio hasta el pago total del precio** de acuerdo con lo que dispone la Ley 45 de 1930 y el artículo 750 del Código Civil, siendo entendido que la transferencia del vehículo queda subordinada a la condición suspensiva del pago íntegro del precio en las fechas estipuladas y que entre tanto **el comprador no será poseedor, sino mero tenedor del vehículo'.**

"En concordancia con tal cláusula, el Comprador, es decir el doctor Donado, tenía la obligación de devolver el vehículo en determinadas circunstancias (cláusula cuarta) y, además, no podía disponer de él sin incurrir en las sanciones penales que castigan el abuso de confianza (cláusula octava).

"Se observa que hay en el expediente recibos expedidos por el señor Dieppa (fls. 8, 9 y 10, Cdno. 2) con posterioridad al día del accidente, lo cual —unido a lo expresado en el contrato— significa que el doctor Donado no era propietario del automóvil al ocurrir el choque del día 7 de febrero de 1940. Además, en la nota de cancelación visible en el mismo contrato, aparece claramente la fecha de tal cancelación: **16 de abril de 1941.** En consecuencia, sólo en abril de 1941 el señor doctor Donado pasó a ser propietario del mencionado automóvil. Dedúcese de lo anterior que en la fecha del accidente, el señor Dieppa era dueño y propietario y poseedor del

automóvil perjudicado. El doctor Donado era un simple tenedor del mismo vehículo.

"Siendo esta la situación jurídica del doctor Donado, podrá afirmarse que tenga derecho para reclamar una indemnización por los daños sufridos por el automóvil?. Evidentemente no. Aplicando lo dispuesto por el artículo 2342 del C. C. se llega a la conclusión de que el doctor Donado podría tener derecho a una indemnización por los perjuicios ocasionados a él como tenedor del carro, pero en su carácter de dueño del mismo".

Se observa ahora por la Sala que según el artículo 2342 del C digo Civil, citado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, "puede pedir la indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño, o sus herederos, sino el usufructuario, el habitador, el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño".

En forma que, según lo alegado por el señor Procurador; por cuanto el automóvil, que sufrió desperfectos con el choque de que hablan los presentes autos, fue comprado por el demandante doctor Donado bajo el pacto **reservati dominii,** resultando aquél, en armonía con lo estipulado en el contrato de compra, un tenedor y no propiamente propietario del vehículo, carecería dicho demandante de la legitimación en causa o personería sustantiva para demandar en su propio nombre la reparación de perjuicios que ha venido sustentando en este litigio.

Obvio es que esta controversia judicial da pie suficiente para entrar en un análisis detenido de las diversas cláusulas del contrato celebrado sobre compra del automóvil para el efecto de determinar, en relación con las especiales estipulaciones en él contenidas, si consienten ellas llegar a la conclusión absoluta de que sólo el vendedor del automóvil estaba investido en este caso de la acción de reparación; y ya que, si bien el artículo 1º de la Ley 45 de 1930, al referirse a bienes muebles declara válida la cláusula de no transferir el dominio (**pactum reservati dominii**), advierte también que ella puede pactarse, naturalmente sin perjuicio de los derechos de terceros poseedores de buena fe, en las condiciones que vendedor y comprador tengan a bien estipular, estipulaciones que existen en concreto en el caso especial de que aquí se trata.

Se presta desde luego a este análisis la circunstancia de que, de conformidad con la cláusula **Octava** del contrato en referencia, el "Comprador se obliga a mantener dicho vehículo en perfecto estado de funcionamiento", y que, en armonía con la cláusula **Sexta** del contrato, el comprador "se obliga a hacer por su cuenta y a su costo todas las reparaciones que hubiere lugar a hacer"; y finalmente el que, en concordancia con la cláusula **Cuarta** de allí, el comprador no tiene derecho a que se le reconozca por el vendedor el valor de reparaciones que haya hecho en el automóvil vendido.

De suerte que respecto a un comprador que se halla en tales condiciones de inferioridad jurídica con respecto a su vendedor, inferioridad que repercute sobre su patrimonio propio, puede controvertirse al menos si le es aplicable el contenido de la regla general del artículo 2342 del Código Civil, antes copiado, que se refiere a un caso simple de indemnización que ha de pedir el propietario de un bien; o si, por el contrario, aunque denominado ese comprador mero depositario del bien respectivo, es en él en donde está radicado el interés jurídico para demandar la indemnización por el daño sufrido por culpa de extraños respecto a dicho bien; y, más aún cuando aparezca que fue realmente el comprador quien atendió en el hecho, con sus propios recursos, a la reparación material del vehículo de que se trata.

Empero existen otras razones, dentro de la órbita jurídico-procesal, de carácter quizás prevaleciente, en este caso, para llegar asimismo a la conclusión de que no puede legalmente prosperar la tesis sustentada por el señor Procurador Delegado en lo Civil y a la cual se ha venido haciendo referenci.a En efecto: el demandante doctor Donado se presentó en la demanda como dueño y poseedor del automóvil que sufrió el daño; y, el representante de la parte demandada, al contestarla, no hizo observación tendiente a insinuar siquiera que se trataba de un bien comprado por el demandante bajo el pacto **reservati dominii** y a fin de fundar en ello la defensa de la parte demandada.

En verdad que este aspecto del asunto sólo vino a surgir en la segunda instancia del juicio, es decir, ante la Corte y a base de lo sostenido, como ya se vio, por el señor Procurador Delegado, en su alegato final.

Interesa en todo caso, observar que, el funda-

mento probatorio de tal alegación consiste precisamente en el documento de compra del vehículo presentado para la comprobación del dominio del demandante, durante el término de pruebas en la primera instancia.

Observa al respecto el señor Procurador que, por cuanto el demandante no había completado aún el precio de compra del automóvil, cuando ocurrió el accidente del choque automoviliario, estaba todavía dicho bien bajo el dominio del vendedor y no bajo el dominio del comprador demandante.

Pero avanzando más, podríase en verdad aceptar que estaba bajo el dominio del vendedor aún en el momento de ser incoada y notificada la demanda; es decir que, ni aún ya en el acto de demandar por razón del accidente mismo, era en definitiva el demandante propietario del vehículo dañado.

Ahora bien: lo alegado por el señor Procurador Delegado encaja en la noción de excepción perentoria (artículo 329 del C. J.), las cuales pueden proponerse no sólo en la contestación de la demanda, sino también alegarse en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia (artículo 341 **ibídem**).

Por otra parte, de conformidad con el artículo 343 del mismo Código Judicial: "Cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse".

El documento en el cual consta la compra del automóvil bajo el pacto de **reserva de dominio** a favor del vendedor fue presentado, en calidad de prueba en su favor, por la parte demandante y tal presentación se hizo, ante el Tribunal, el día 13 de febrero de 1942.

El señor Procurador Delegado, según lo antes transcrito, reconoce que la cancelación de ese documento por parte del vendedor fue hecha el día 16 de abril de 1941, es decir, con anterioridad a su presentación como prueba al proceso.

De manera que, en el momento de tal presentación, ya existía en cabeza del demandante el dominio definitivo e incondicional del vehículo y ello según el propio documento, pues la nota de cancelación del vendedor figura en el instrumento mismo mencionado.

En otros términos, la prueba precisa de que se vale el representante de la parte demandada a fin de sustentar su excepción perentoria de falta de personería sustantiva del demandante para exigir la reparación del daño causado, demuestra al propio tiempo y de manera plena que esa falta o deficiencia de personería sustantiva se disipó, o quedó tal personería suficientemente convalidada, dentro del curso del juicio mismo que estaba en desarrollo.

Y en tales circunstancias, mal podría la Corte declarar hoy probada la excepción perentoria consistente en que la persona apta para demandar al Departamento del Atlántico es sólo el antiguo vendedor del automóvil, en calidad de dueño, cuando aparece en el momento de fallar que tal dueño no lo es dicho vendedor sino el propio demandante; y, en términos tales que el pago que a aquél se haga por parte del Departamento, en armonía con lo que se resuelva en este fallo será, a no dudarlo un pago válidamente hecho, que extinguirá por consiguiente la obligación respectiva en calidad de pago hecho al legítimo acreedor (artículo 1634 del C. C.); y, seguramente no lo sería hoy el que se hiciera por los daños causados al antiguo propietario que vendió el vehículo y que carece ya de tal propiedad.

Pasando ahora a estudiar el punto de la comprobación misma del accidente y de la culpabilidad del Departamento demandado por él, se tiene que el señor Procurador Delegado, la objeta también en los siguientes términos:

"Por otro lado, el principal fundamento del fallo del H. Tribunal es la certificación expedida por la Inspección Municipal de Tránsito visible al fl. 2 del cuaderno número 2. Pero sucede que tal certificación no ha sido traída a los autos en forma legal para que el juzgado pueda estimarla. En efecto, se trata de un documento público, pero de acuerdo con el artículo 636 del C. J. 'cuando las partes pretendan hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, piden dentro de los términos probatorios que se libre despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro'. Sin tales formalidades el Juez no puede tener en cuenta un documento público que, como en el

presente caso, no ha sido presentado con la demanda, su contestación o el escrito de excepciones. Pido por tanto que la certificación aludida sea desestimada por esa H. Sala, con lo cual queda sin base alguna de prueba la acción intentada por el doctor Donado.

"Desestimada esta certificación, como debe serlo por las razones indicadas, **no aparece en los autos prueba siquiera del choque automoviliario en que funda la demanda".**

El certificado al cual hace referencia el señor Procurador en la transcripción que precede fue presentado en forma original por el demandante. Por su importancia en este juicio habrá de copiarse a continuación.

Dice, en efecto, así:

"Inspección Municipal de Tránsito—Barranquilla, febrero 13 — 1940.—De conformidad con el contenido del memorial que antecede, el suscrito Inspector Municipal de Tránsito, **certifica:** que el día 7 del presente mes, a las 11.45 a. m. fue informada esta Inspección de haberse sucedido un accidente de tránsito en la Calle Caracas, Avenida Olaya Herrera; que personalmente el suscrito, acompañado de su Secretario, se trasladó al lugar arriba indicado a fin de levantar personalmente el caso, pudiendo constatarse lo siguiente:

"Que el carro ambulancia, manejado por el chofer Miguel Arteta C., y el auto número 2116 de la matrícula de Barranquilla manejado por el doctor Arnaldo Donado habían chocado en la boca-calle Caracas, Avenida Olaya Herrera, y en tal choque concurrieron las siguientes circunstancias:

"1) El carro ambulancia, perteneciente a la Junta de Beneficencia del Atlántico, venía por la calle Caracas, de Norte a Sur, transitando a una velocidad irreglamentaria, lo que pudo constatarse por las características de la volcada y por testimonios de personas o testigos presenciales del accidente;

"2) Que quedó completamente comprobado que el faro situado en la esquina noroeste del cruce de Caracas-Olaya Herrera, en los momentos del accidente indicaba **luz roja** (alto) para todos los vehículos que marchaban por la Calle Caracas, y **luz verde** (vía libre) para todos los vehículos que transitaban por la Avenida Olaya Herrera;

"3) Que el automóvil número 2116 de la matrícula de Barranquilla, manejado por el doctor Arnaldo Donado, subía por la Ave. Olaya Herrera, de Oriente a Occidente;

"4) Que al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Reglamento de Tránsito, los vehículos de emergencia (carros de ambulancia, carros celulares, máquinas del Cuerpo de Bomberos, etc.), al regresar a sus estaciones no pueden transitar a velocidad mayor de 30 kilómetros por hora y deben observar las disposiciones del Reglamento de Tránsito. El artículo 102 del Reglamento dice textualmente lo siguiente: **'De regreso a sus cuarteles estación las máquinas y demás vehículos del Cuerpo de Bomberos sólo harán uso de la campana y en ningún caso la velocidad será mayor de 30 kilómetros por hora. Si en el momento del regreso, se registrase otro incendio o siniestró la sirena de la estación terminal dará el correspondiente aviso y en tal caso los carros quedan sujetos a lo prescrito en el artículo 95'.**

"5) Que el suscrito fue informado por el señor William Chapman, Jefe del Cuerpo de Bomberos que la ambulancia no traía herido o enfermo alguno al sucederse el accidente, pues regresaba a su estación al cumplir la comisión de trasladar un soldado que había sido dado de alta en el Hospital de Caridad;

"6) Que el chofer Miguel Arteta C., quien conducía la ambulancia al sucederse el accidente en referencia muestra en los records de esta oficina los antecedentes que a continuación se mencionan: 15 de diciembre 1939—en la Cruz, Carreras Progreso y La Paz, chocó al darle reverso a la ambulancia, contra el auto número 298 de 1939.

"7) Que el doctor Arnaldo Donado no registra antecedentes por violación al Reglamento de Tránsito.

"8) Que según concepto de la Inspección de Tránsito el chofer Miguel Arteta C., conduciendo la ambulancia el día del accidente, violó claras y determinantes disposiciones del Reglamento de Tránsito, a saber: violación del artículo 102 y 45 del Reglamento (transitar a mayor velocidad, regresando a su estación, después de cumplida una comisión). Artículo 74 del Reglamento, pasar el faro estando en luz roja.

"9) Que el suscrito, por escrito, se dirigió al Jefe del Cuerpo de Bomberos en el sentido de demostrarle el peligro que entrañaba la excesiva velocidad de los vehículos de aquella dependencia, ya que continuamente se venía observando las constantes infracciones al Reglamento por

parte de los conductores de los vehículos del Cuerpo de Bomberos y de la ambulancia.

"10) Que fotografías tomadas por el señor Jaime A. Scopell, después del accidente, en el lugar del suceso muestran las huellas dejadas por las ruedas delanteras del auto número 2116 al ser arrastrado por el carro ambulancia.

"11) Que por propio conocimiento, por haberlo visto y por lo que muestran las fotografías tomadas, el guardafango derecho y la camisa del radiador del auto número 2116 resultaron completamente destruídos a consecuencia de este accidente.

"El Inspector Municipal de Tránsito (Fdo.), **Carlos Mejía**—El Secretario (Fdo.), **Carlos** (apellido ilegible). Hay un sello y una estampilla de timbre nacional".

En auto de dos de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, dictado por el Tribunal del conocimiento se declaró de manera general la admisión de la correspondiente solicitud de pruebas hecha por la parte demandante y de manera especial se dijo allí:

"c) Decrétase el reconocimiento del certificado de la Inspección de Tránsito por parte del señor Carlos Mejía, Inspector del Tránsito en la fecha a que dicho documento se refiere".

"d) Solicítase a la Alcaldía Municipal de esta ciudad, a costa del interesado, certifique acerca de la calidad de Inspector de Tránsito que en la fecha del certificado a que me refiero, tenía el señor Carlos Mejía".

"e) Decrétase el reconocimiento, por parte del señor Carlos Mejía de las dos fotografías que acompaño y las cuales fueron tomadas por J. A. Scopell instantes después y en el mismo lugar del choque".

Por cuanto en realidad el certificado oficial de que se viene hablando constituye prueba fundamental en el presente litigio, es el caso de entrar a estudiar si la forma como vino a los autos lo priva del valor probatorio que por su naturaleza le corresponde y según lo alegado por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Cierto es que la forma normal de llevar a los autos durante el término probatorio del juicio instrumentos públicos es la señalada en el artículos 636 del Código Judicial.

Empero si tales instrumentos han sido allegados al juicio por presentación directa de una de las partes y así ha sido aceptado como prueba por el Juez del conocimiento en el correspondiente auto sobre admisión de pruebas, y sin objeción alguna de la parte contraria en el momento de tal aceptación, no puede concluírse que carezcan ellos, en absoluto, de todo mérito probatorio hasta el punto de llegar a admitir que por la forma como fueron presentados han de mirarse como si en realidad no figuraran en el proceso y desestimarse, por completo, en el fallo final.

Presentados en forma distinta a la indicada en el artículo 636 del Código Judicial, posiblemente no se les podría reconocer, en sí mismo considerados, el que procedan en realidad del funcionario público que dice expedirlos en ejercicio de determinadas funciones y de la manera que en ellos se expresa, ya que entonces la deficiencia de que se resentirían sería propiamente la de que en realidad no consta en el juicio que se trate de un genuino instrumento público, es decir, no constaría la autenticidad misma de él y en cuanto ésta consiste "en el hecho de haberse realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tales instrumentos se expresa" (artículo 21 del C. C.).

Mas ello no obsta para que, si no se le ha de dar al documento al cual se ha venido haciendo referencia, el valor legal de convicción propio de un instrumento público, es decir, de **probatio probata,** se le reconozca en cambio algún mérito probatorio que, unido al de otras constancias del proceso, pueda llevar a la convicción plena por parte de la Corte de que sí está comprobado en autos el choque automoviliario en que se funda la demanda.

Ni podría ser de otra manera, a base del régimen general probatorio de nuestro Código Judicial (artículo 594 **ibidem**), y ya que, por ejemplo, aún en casos de documentos privados que no se tengan por reconocidos, pueden ellos llegar a revestir el valor de prueba sumaria al tenor de lo establecido en el artículo 647 del Código mencionado.

Se tiene, en efecto, que aunque no llegó a practicarse la prueba, de que antes se habló en el presente fallo, del reconocimiento del certificado de la Inspección de Tránsito, a que se ha venido haciendo referencia, por parte del Inspector del Tránsito señor Carlos Mejía, declaró dicho funcionario precisamente a solicitud del señor Fiscal del Tribunal; y, de su declaración rendida bajo juramento, se sigue, a no dudarlo, que di-

cho funcionario asevera la existencia del choque automoviliario que dió pie a la demanda de que trata este juicio.

Dijo lo siguiente:

"Como Director General del Tránsito el día siete de febrero de mil novecientos cuarenta intervine en el accidente habido entre el vehículo Nº 2116 de la matrícula de esta ciudad, manejado por el doctor Arnaldo Donado y la Ambulancia de la Junta de Beneficencia del Atlántico. Este accidente tuvo lugar en el crucero formado por la Avenida Olaya Herrera con la calle de Caracas. Se leyó esta respuesta al declarante. —Interrogado con lectura del punto e), contestó: La Dirección del Tránsito a mi cargo y en vista de las informaciones levantadas en aquel momento, las que no siempre son tan precisas como se desea conceptúo que había responsabilidad de parte del vehículo de la ambulancia y el del doctor Donado; porque como se pudo determinar al llegar allí después de cumplido el suceso con las referencias recogidas allí mismo, el faro que entonces prestaba servicio en esta vía, estaba en rojo en la dirección del vehículo de la ambulancia, y en verde en la dirección del otro, o sea, el del doctor Donado. Es lo que puedo declarar en este asunto, como cosa que recuerde en virtud de mis funciones como Director del Tránsito".

Por otra parte, según prueba también pedida por el señor Fiscal del Tribunal, figura en autos el siguiente documento auténtico referente al accidente mismo:

"Dirección General de Circulación y Tránsito. — Barranquilla, marzo 20 de 1942. — Señor — Secretario del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial, — E. S. D. — Tengo el honor de remitir a usted, copia auténtica del record correspondiente al accidente de tránsito habido entre el automóvil conducido por el doctor Arnaldo Donado A. y el carro ambulancia de propiedad de la Junta de Beneficencia del Atlántico, el día siete de febrero de mil novecientos cuarenta, en el crucero formado por la Avenida Olaya Herrera con la calle Caracas.

"Me permito manifestar, a usted que el día siete de febrero de 1940, con el oficio número 4, se enviaron al señor Inspector Quinto Municipal todos los datos relacionados con dicho accidente.

"También le informo que en esta Dirección existen dos (2) fotografías, tomadas después del choque, en las cuales se ve el estado en que quedaron ambos vehículos.

"Atentamente (Fdo.), **Carlos Mejía**, Director General de Circulación y Tránsito. — (Hay un sello)".

Además contribuyen a demostrar la existencia misma del accidente y del daño sufrido por el automóvil del demandante las fotografías del carro ya averiado, presentadas como prueba por parte del demandante y sin objeción de la parte contraria, fotografías en las cuales aparecen de manifiesto las averías externas causadas en el vehículo en cuestión.

Y guiada así la Corte, por estos distintos elementos probatorios, habrá de aceptar en esta providencia que se causó el daño de que se querella el demandante y que dicho daño hubo de causarlo la ambulancia de propiedad del Departamento demandado.

La responsabilidad civil del Departamento propietario de la ambulancia y del cual es una simple dependencia sin personería jurídica propia la Junta de Beneficencia de dicho Departamento, resulta de la presunción de culpabilidad instituída en el artículo 2356 del Código Civil, según lo ha reconocido la Corte en reiterada jurisprudencia y en atención a la peligrosidad propia del servicio normal del elemento de locomoción, especialmente en las calles de las ciudades, consistente en la Ambulancia a la cual se ha venido haciendo referencia.

La parte demandante no hizo esfuerzo alguno valedero en el sentido de dejar establecido que ha de mirarse como exento de la prenombrada presunción de culpabilidad; y, libre, por consiguiente, de responsabilidad civil.

Se ha pretendido, sin embargo, que el accidente ocurrió no sólo por culpa del conductor de la ambulancia, sino también por culpa del demandante, doctor Donado, en el manejo de su automóvil, y ha sido aducida al efecto la declaración antes transcrita del señor Carlos Mejía, Inspector de Tráfico.

Mas en verdad que de aquella declaración, si bien aparece indicada la causal de culpabilidad que el testigo le imputa a la parte del vehículo de la ambulancia, o sea que "el faro que entonces prestaba servicio en esta vía estaba en rojo en dirección del servicio de la ambulancia y en verde en la dirección del otro, o sea el del doctor Donado", no se ve en cambio en parte alguna

qué fundamento pueda tener la culpa que el mismo declarante le imputa al doctor Donado.

Acerca de las demás pruebas presentadas por el representante de la parte demandada a efecto, de que se le exima de responsabilidad, hace el Tribunal las siguientes observaciones que, en general, juzga la Corte ser aceptables:

"Pidió, asímismo, el señor Fiscal del Tribunal, en otra prueba que por la Secretaría de la Dirección General de Tránsito se certificara si en los archivos de esa Oficina existe alguna providencia o resolución dictada con ocasión del accidente de tránsito habido entre el vehículo manejado por el doctor Arnaldo Donado y la ambulancia de propiedad de la Junta de Beneficencia del Departamento del Atlántico y solicitó, también, en una tercera prueba, se certificara por la Dirección General de Tránsito sobre el **record de accidentes** correspondiente al referido choque; y al folio 10 aparece el respectivo certificado que, como puede observarse, no arroja ninguna luz en favor de la inculpabilidad de la entidad demandada, pues se trata de una simple constancia de la verificación del accidente.

"Pidió, por último, el señor Fiscal del Tribunal que se solicitara del señor Secretario de la Junta de Beneficencia del Atlántico que certificara si la Ambulancia de propiedad de dicha Junta está (sic) provista, el siete de febrero de mil novecientos cuarenta de la sirena de alarma propia de los vehículos de esa naturaleza. El Sr. Secretario de la Junta expresada certificó afirmativamente sobre la petición del señor Fiscal (fol. 14 del cuaderno de pruebas del señor representante legal del Departamento). Empero, ese certificado tampoco acredita nada con respecto a la inculpabilidad de la entidad demandada, pues lo importante, por el aspecto de esa prueba, debió ser la demostración de que la sirena tocó en su oportunidad para prevenir el choque, como lo ordena imperativamente el Reglamento de Tránsito, y ni aún así, ello en sí no acreditaría la culpabilidad del demandante. Sobre el particular se recalca de la ausencia de la declaración del chofer que conducía el carro de la ambulancia en el momento del choque, y quien habría podido declarar si efectivamente tocó el pito de alarma antes de ocurrir el accidente. Pero, se repite, ese testimonio no se produjo a todo lo largo de los autos. Por lo cual se concluye que si bien el carro de la ambulanciaa estaba provisto de la respectiva sirena, la base principal de la prueba aducida por el señor Fiscal, o sea, que el pito de alarma hubiera sonado antes de producirse el choque, brilla por su ausencia".

Se comprende por lo que se deja expuesto que hay lugar a deducir responsabilidad a cargo del Departamento demandado por el daño material o de orden patrimonial, causado a la parte demandante.

Como el "quantum" de la indemnización correspondiente no aparece fijado en el proceso, es el caso de dar aplicación al artículo 553 del Código Judicial a fin de que la correspondiente liquidación se haga en el juicio, pero en actuación posterior al presente fallo. De donde se sigue que, por el aspecto de los perjuicios materiales, será confirmada la sentencia de primer grado.

Habrá lugar a tener en cuenta, como bases para la liquidación, el costo de la reparación del carro dañado y la desvalorización de éste aún después de hecho tal arreglo o reparación.

Por lo que hace a indemnización en consideración a lo alegado por la parte demandante bajo los hechos marcados con los Ords. 11º y 12º de la demanda, y que tocan con la ocurrencia de haber tenido necesidad el demandante doctor Donado, de hacer uso y pagar altos precios por vehículos de alquiler, no hay lugar a que ello sea tenido en cuenta como base para la liquidación de perjuicios, ya que, desde luego, durante el curso del juicio, que hoy se define en segunda instancia, no trajo el demandante pruebas conducentes a demostrar la existencia de tales perjuicios.

En lo concerniente a los supuestos perjuicios morales no se trajo a los autos comprobante alguno valedero para demostrar la existencia de perjuicios de la índole mencionada.

Por lo demás a este respecto, halla la Corte aceptables en general las observaciones del señor Procurador Delegado, quien se expresa así:

"....El daño moral, aunque fundamentalmente distinto del perjuicio material, es susceptible de prueba como este último; y sólo cuando se halle acreditada su existencia con pruebas que deben reunir los mismos requisitos exigidos para la prueba del daño material, podrá el juzgador ordenar su indemnización.

"Pero en el presente asunto, la certificación expedida por la Circulación de Tránsito, ni el contrato de compra del vehículo, ni los recibos allegados al expediente, ni las declaraciones ren-

didas, que podrían ser en conjunto las únicas pruebas del actor, son suficientes para acreditar la existencia del daño moral. Cuál es este daño moral, en qué consistió, qué consecuencias tuvo, si sobrevino como consecuencia del accidente relatado, son cosas que no aparecen demostradas.

"Y no se diga que este daño moral se deriva necesariamente del daño material sufrido por el demandante; tal hipótesis puede ser aceptable en otros casos, v. gr. con la muerte de un hijo en que el simple hecho material conlleva un daño moral evidente; pero es muy posible, por el contrario, que en accidentes automoviliarios como el de que aquí se trata no se ocasionan a la víctima perjuicios morales de ninguna naturaleza. Podría suceder, que el choque produjera determinados daños físicos o pecuniarios que no trasciendan en manera alguna al campo moral.

"La falta de prueba sobre el daño moral ocasionado al demandante hace imposible la condena sobre este particular".

Merced a lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1º Confírmase la sentencia apelada proferida en este asunto por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha 17 de mayo de 1943. con la reforma de excluír de la condenación dictada a cargo del Departamento del Atlántico lo referente a daños y perjuicios morales que hubiera sufrido el demandante, cargo por perjuicios morales del cual se declara expresamente absuelto al Departamento.

2º No hay lugar a condenación en costas en la segunda instancia.

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

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán Víctor Cock — Isaías Chaves — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido. Secretario en propiedad.

PENSIONES A FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL

1.—Refiriéndose la Ley 28 de 1942 únicamente a empleados judiciales pagados por el tesoro nacional, para conferirles los beneficios en ellas contemplados, es claro que los empleados del órgano judicial y del ministerio público que no son pagados por el tesoro nacional, como los jueces municipales, están fuera del alcance del artículo 2º de esa ley, cuyo numeral a) reduce a veinte años el tiempo necesario de servicio para merecer la pensión. Esta clase de empleados quedan así sometidos a las disposiciones anteriores, que exigían treinta años en el servicio civil.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero veintidos de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta).

Acogiéndose a las disposiciones de la Ley 22 de 1942 "sobre prestaciones a los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo", el señor Jorge Sanint Mora, por medio de apoderado, en libelo elevado el año próximo pasado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, demanda para que dicha entidad le decrete una pensión de jubilación por servicios prestados durante más de veinte años en posiciones o empleos judiciales.

A la demanda acompaña los documentos que estimó oportunos en orden a comprobar el ejercicio del cargo de Juez Municipal y de Juez de Circuito en diversas poblaciones del Departamento de Caldas, documentos de los cuales se infiere que permaneció en el cargo de Juez de Circuito por un lapso de seis años y tres meses, y en el cargo de Juez Municipal hasta el día de la presentación de su demanda, en que había cumplido 23 años en el servicio de los mencionados cargos.

El Tribunal en sentencia del 27 de julio postrero se negó a decretar la pensión solicitada, bajo la consideración de que los jueces municipales están excluídos de las prestaciones reconocidas en la Ley 22 de 1942.

Apelado el fallo por el interesado vino el negocio a la Corte. Aquí se recibió el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, cuya opinión concuerda con la del Tribunal de primera instancia.

Para resolver se considera:

Dice el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato ante la Corte:

"El H. Tribunal observa en su sentencia que el demandante sirvió casi todo el tiempo que se requiere para obtener la jubilación como juez municipal, ya que sólo trabajó como juez de circuito durante seis años y tres meses. El H. Tribunal estima que las prestaciones a que se refiere la Ley 22 de 1942 cobijan únicamente a los funcionarios pagados por el Tesoro Nacional, fundándose especialmente en lo que establece el artículo 15 de la citada ley, motivo por el cual hubo de negar la solicitud del señor Sanint M.

"La Procuraduría observa:

"Evidentemente, el artículo 15 de la Ley 22 de 1942 establece que "serán miembros de la Caja todos los funcionarios y empleados pagados por el Tesoro Nacional, que pertenezcan al Organo Judicial, al Consejo de Estado, a los Tribunales Contenciosos Administrativos y al Ministerio Público"; pero de allí sólo puede concluírse, primeramente, que el señor Sanint M. no es miembro de la Caja, pero no que no tenga derecho a la prestación que solicita.

"Sin embargo, es lo cierto que las prestaciones establecidas por la Ley 22 citada son pagaderas por la Caja de Previsión. Así lo dice la misma ley en su artículo 13: "Créase una Caja de Previsión, con personería jurídica, a cuyo cargo estará el pago de las prestaciones de que trata esta ley, **Por el sistema del seguro obligatorio**".

"Es decir, no habrá prestación alguna de la Ley 22 que no sea pagada por la Caja. A confirmarlo viene el artículo 18 de la misma Ley 22, que dice: "no será de cargo de la Caja el pago de las prestaciones fijadas en el artículo 1º a los funcionarios y empleados que a tiempo de entrar esta ley en vigencia, tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación, conforme a disposiciones anterio-

res, las cuales continuarán pagándose por el Tesoro Nacional en la cuantía en que fueron decretadas y no serán susceptibles de aumento".

"Por consiguiente, el Tesoro Nacional sólo paga a los funcionarios que eran acreedores a la jubilación conforme a las disposiciones anteriores, y la Caja sólo paga a los funcionarios comprendidos dentro de la Ley 22 de 1942, esto es, sólo a los empleados nacionales".

"El señor Sanint M. no puede acojerse, por lo relacionado con el tiempo de servicio, a las disposiciones anteriores a la Ley 22 ni puede quedar cobijado por ésta ya que no pertenece a la Caja de Previsión por no ser funcionario nacional. Por tanto su solicitud no puede prosperar ni a cargo del Tesoro Nacional ni a cargo de la Caja.

"Talvez fuera una imprevisión del legislador dejar por fuera de le Ley 22 a los jueces municipales; y quizá sería conveniente que una nueva ley les otorgara las mismas prestaciones que hoy tienen los funcionarios nacionales, pero a tal resultado sólo puede llegarse mediante la expedición de una nueva ley, no por medio de la jurisprudencia".

La sencilla y clara exposición anterior debe ser aceptada por la Corte, ya que no es más que el trasunto de los textos legales citados. Y para confirmar esa argumentación basta agregar pocas consideraciones.

Si se atendiera al sólo enunciado de los artículos 1º y 6º de la Ley 22 de 1942 sería evidente que de los derechos allí reconocidos —pensiones de jubilación y pago de cesantías— deberían gozar igualmente los jueces municipales, ya que estos funcionarios constituyen la jerarquía inferior del Organo Judicial. Siendo funcionarios judiciales ellos también caerían dentro de los artículos citados, a no mediar otras disposiciones complementarias de la misma ley, que en el hecho los sustraen, al igual que a los personeros municipales, quienes como parte del Ministerio Público, también están aludidos de manera general en los artículos 1º y 6º del aprovechamiento de aquellas prestaciones.

El artículo 13 que es armónico con el primero y el 6º, estableció el sujeto pasivo de los derechos por tales disposiciones reconocidos. Ese sujeto es la Caja de Previsión, "a cuyo cargo estará el pago de las prestaciones de que trata esta ley por el sistema de seguro obligatorio".

De consiguiente solamente en el caso de que a la Caja de Previsión corresponda el pago de las pensiones y de las cesantías a los jueces municipales, estos tienen derecho a tales prestaciones, según las normas de la misma ley. Pero la Caja sólo paga, a quienes sean miembros de ella; a aquellos miembros del Organo Judicial o del Ministerio Público, que sean sus socios y hayan por consiguiente contribuído a acrecentar el fondo de que dispone con el respectivo aporte. Los jueces municipales, al tenor del artículo 15 no son miembros de la Caja, pues aun cuando son funcionarios judiciales, atiende a remunerarlos el Tesoro Municipal, no el Tesoro Nacional.

El abogado del demandante ante la Corte ve clara esta tesis, y por ello también dice que de acuerdo con las disposiciones que se han citado "es innegable que la pensión a que tiene derecho Jorge Sanint no se puede decretar ordenando que se pague con fondos de la Caja".

Esta solución tampoco es aceptable. En el artículo 18 de la ley enumeró las pensiones de que se hizo cargo. Y entre ellas sólo figuran las que se deben "conforme a disposiciones anteriores". Pues bien, refiriéndose la Ley 22 únicamente a empleados judiciales pagados por el Tesoro Nacional, según está visto, para conferirles los beneficios en ella contemplados, es claro entonces que los empleados del Organo Judicial y del Ministerio Público, que no son pagados por el Tesoro Nacional, están fuera del alcance del artículo segundo de la ley, cuyo numeral a) reduce a veinte años el tiempo necesario de servicio para merecer la pensión. Esta clase de empleados quedan así sometidos a las disposiciones anteriores, que exigían treinta años en el servicio civil. Por manera que, "conforme a las disposiciones anteriores", el señor Sanint no tiene todavía derecho a pensión.

De aceptarse la solución propuesta, lógicamente debería aceptarse también para las cesantías de que habla el artículo 6º en lo referente a empleados de juzgados y personerías municipales. El criterio debe ser uniforme. Con lo cual bien claro resalta que aun cuando la solución pudiera obedecer a elevadas razones de orden moral y de justicia social abstracta, ellas por sí solas no bastan al juez, quien está obligado a ceñirse a la norma escrita, conforme ella claramente aparece.

Las consideraciones expuestas inducen a la Corte a negar la prestación solicitada por el señor Sanint, por lo cual administrando justicia por autoridad de la ley y en nombre de la República de Colombia CONFIRMA el fallo apelado en este negocio.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán Víctor Cock — Isaías Chaves — Arturo Tapias Pilonieta — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — PRESUNCION DE CULPA EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

1.—En reiterada jurisprudencia ha llegado a aceptar la Corte la presunción de culpabilidad cuando se trata de actividades peligrosas como las desarrolladas por una empresa férrea y más si ella hace girar los trenes por las propias calles de una ciudad. Tal presunción de culpa la ha basado la Corte en el artículo 2356 del Código Civil. Contra esa presunción y para el efecto de hacerla desaparecer, o para aminorar la indemnización que corresponda, hay lugar a tener en cuenta la intervención de elementos extraños, entre los cuales está la culpa de la víctima y también la fuerza mayor o caso fortuito. En el caso del litigio puede partirse de la base incontrovertible de que tanto la entidad que explota un ferrocarril, especialmente si atraviesa las calles de una ciudad, como la empresa que explota un tranvía urbano cuya línea tiene sitios de cruce con el ferrocarril referido, ejecutan ambas actividades de mutua peligrosidad, aparte de la existente para el público en general con tal explotación. Causado el daño a una de esas empresas por obra de la otra, y merced a la presunción de culpabilidad basada en el ya citado artículo 2356 del C. C., hay lugar a la correspondiente indemnización, salvo el caso de que la entidad que causó dicho daño logre probar los motivos de que ya se habló, o sea, los llamados a exponerla de tales culpabilidad y consiguiente responsabilidad civil. En el caso del litigio hay también una concurrencia de culpas tanto de la parte actora como de la demandada.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero veintidos de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Víctor Cock)

En el presente juicio ordinario seguido por la Compañía de Tranvías de Pereira contra el Departamento de Caldas, el Tribunal del conocimiento, que lo fue el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dictó sentencia definitiva que lleva fecha 19 de octubre de 1942, y en la cual hubo de absolver al Departamento demandado.

Interpuso la parte actora recurso de apelación contra la sentencia mencionada; y, venido el asunto a la Corte, ante la cual hubo lugar a la práctica de nuevas pruebas y a las alegaciones de las partes litigantes, ha llegado el momento de fallar en definitiva en esta segunda instancia del juicio.

La demanda instaurada por la Compañía de Tranvías de Pereira, Sociedad Anónima con domicilio en la ciudad de Medellín, lleva fecha 15 de noviembre de 1939.

En ella pidió el demandante lo que a continuación se transcribe:

"Primera. Que el Departamento de Caldas, como dueño de la empresa del Ferrocarril de Caldas, es responsable civilmente ante la Compañía de Tranvías de Pereira, y está obligado a indemnizarla pagándole los perjuicios correspondientes, por el hecho de haber destruído e inutilizado con una de las locomotoras de aquella empresa, y por culpa de empleados del citado Ferrocarril, un carro de tranvía de la Sociedad demandante, hecho ocurrido en 27 de noviembre de de 1936, en el cruce de la calle 11 con carrera 8ª de la población de Pereira;

"Segunda. Que esos perjuicios valen, por una parte, la suma de dieciseis mil pesos, valor del carro destruído, y, por otra parte, la suma de quince pesos diarios a contar de la fecha de que se habla en la petición primera hasta el día del pago del valor del carro. Las sumas en cuestión deben ser pagadas por el demandado dentro del plazo que se fije en la sentencia;

"Tercera. En subsidio de la petición anterior, hago la de que el demandado debe pagar al demandante los perjuicios que por peritos se fijen dentro del presente juicio;

"Cuarta. En subsidio de la petición segunda y de la tercera hago la de que el demandado debe pagar al demandante los perjuicios que se fijen en el juicio sumario, una vez en firme la petición primera de la demanda".

En calidad de hechos sobre los cuales hizo

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

reposar el demandante las transcritas súplicas de su demanda presentó la siguiente relación:

"1.—El día 27 de noviembre de 1936, más o menos a las cuatro de la tarde, un tren del Ferrocarril de Caldas, compuesto por la locomotora Nº 16 y varios carros, que había salido hacia Manizales de la Estación de Pereira, e iba en dirección sur a norte por la calle 11 de la segunda de las mentadas poblaciones, destruyó el carro Nº 1 del tranvía que hacía su recorrido de occidente a oriente por la carrera 8ª. El choque se produjo en el cruce de la calle 11 con la carrera 8ª en el punto en donde la carrilera del ferrocarril atraviesa o corta la del tranvía. Dicha locomotora la manejaba como maquinista Luis Molina, quien tenía tal empleo en el Ferrocarril de Caldas;

"2.—Las causas del choque fueron principalmente las siguientes: el Ferrocarril de Caldas no tenía barreras de ninguna especie en el lado occidental de la esquina de la calle 11, ni allí había vigilante, ni ninguna señal que mostrara que el tren iba a pasar por tal esquina; el ferrocarril tenía una cadena al lado oriental de la esquina de la calle 11, pero esa cadena o no estaba colocada antes del accidente, o se colocó tan poco tiempo antes del siniestro que era imposible evitar éste: en todo caso la cadena no se colocó antes de los cinco minutos que exige la Ley 76 de 1920 'sobre policía de ferrocarriles'; la cadena de hierro en cuestión, aún aceptando en gracia de discusión que se hubiera puesto antes del accidente, por su color —que es el natural de dicho metal— y por su poco grosor, es difícil si no imposible de ver a una distancia prudencial para que los vehículos de ruedas se detengan oportunamente;

"3.—En el expediente que levantó la Inspección de Tránstito de Pereira, y en el que levantó el Ministerio de Obras Públicas de acuerdo con la ley citada en el hecho anterior —expedientes cuyas piezas pertinentes haré venir a este juicio en la debida oportunidad— está demostrado con varias pruebas lo que afirmo en el hecho anterior, y están establecidas asímismo muchas circunstancias que muestran la falta de diligencia, el descuido, la imprevisión, la negligencia, y, en resumen, la culpa de empleados del Ferrocarril de Caldas en el accidente, circunstancias tales como la de que los trenes pasan a velocidades excesivas por las calles de Pereira, calles entre las que está la en donde se cruzan las dos carrileras; la de que la velocidad que llevaba el tren el día del siniestro no es la prudente para atravesar calles muy pobladas y especialmente la en que se cortan o cruzan aquellas carrileras; la de que muchas veces la locomotora no pita antes de llegar al cruce en cuestión; la de que la cadena no se coloca cinco minutos antes del paso del tren; la de que la señal para que el cadenero coloque la cadena es el pitazo del tren, pitazo que, dice el cadenero que se encontraba el día del accidente, sólo se dió cuadra y media antes de llegar el tren; la de que el Ferrocarril de Caldas alega que no se puede pitar mucho en las calles de Pereira y que hay que llevar el tren a bastante velocidad, porque de lo contrario la locomotora perdería fuerza y no podría arrastrar los carros por una pendiente que debe subir pasadas las calles, lo que está demostrando que la construcción de la vía férrea es defectuosa y peligrosa tratándose de una carrilera que atraviesa calles muy pobladas de Pereira, y entre ellas una por donde pasa la carrilera del tranvía; y la de que el maquinista Molina ha tenido varios accidentes de tránsito, a pesar de lo cual continúa en su puesto.

"4.—Como consecuencia del choque de que se habla en el hecho Nº 1, el carro del tranvía quedó perfectamente destrozado e inservible, carro el dicho que era de propiedad de la Compañía demandante. A más de este perjuicio se causó el de que el vehículo en cuestión no pudo seguir prestando el servicio a que estaba destinado, dejando el demandante, por tanto, de lucrarse con sus producidos. El carro valía la suma de dieciseis mil pesos, y su utilidad neta diaria, en promedio, era de quince pesos;

"5.—El Ferrocarril de Caldas es una empresa pública de transportes que pertenece al Departamento de Caldas; éste la explotaba el día del accidente y la explota hoy; la locomotora Nº 16, de propiedad de aquél, iba manejada el día del accidente por el citado maquinista Luis Molina; Epifanio Londoño era también empleado del Ferrocarril de Caldas el día del accidente y tenía transitoriamente el oficio de colocar la cadena al lado oriental de la esquina de la calle 11 en el cruce de ésta con la carrera 8ª".

Finalmente para fundar en derecho la demanda incoada adujo como razones pertinentes acerca de la responsabilidad civil del Departamento, como dueño del Ferrocarril de Caldas y por los hechos y omisiones de las personas que trabajan

en esa empresa, el mandato de los artículos 2341, 2342, 2347, 2356, 2358 y demás concordantes del Título 34, Libro 4º del Código Civil, así como lo establecido en la Ley 76 de 1920, sobre "Policía de Ferrocarriles".

Atendió en la primera instancia a la defensa del Departamento demandado el señor Fiscal del Tribunal Superior de Manizales, quien presentó pruebas y alegó en el juicio, labor ésta que llevó también a término por su parte el apoderado de la Compañía demandante.

En la segunda instancia ante la Corte también se produjeron pruebas, si bien las practicadas, que lo fueron a petición del apoderado de la parte demandante, hubieron de reducirse a dos declaraciones de testigos. La de Luis Molina y la de Horacio Ochoa A., referentes de manera principal al hecho de que tanto Molina, el maquinista de la locomotora del choque, como el señor Epifanio Londoño, encargado de la cadena cuando ocurrió dicho choque, son personas pobres que han derivado su subsistencia de emolumentos pagados por la empresa del Ferrocarril de Caldas. De manera que por lo concerniente a los aspectos de hecho debatidos en el juicio, la Corte necesariamente habrá de tener en consideración, en lo principal, los mismos elementos sometidos a la decisión del Tribunal **a quo.**

El Tribunal mencionado, en la sentencia apelada, expresa lo siguiente:

"Se ha traído al proceso copia de la ordenanza número 24 de 11 de abril de mil novecientos once, 'sobre Ferrocarril de Caldas' por la cual se dispuso la construcción de esa obra, y copia de la ordenanza número 49 de 1939, 'por la cual se creó la Junta Directiva del Ferrocarril y de los Cables Aéreos de Caldas, se dictan otras disposiciones relacionadas con estas empresas y se da una autorización al Gobierno Departamental', ordenanza ésta relacionada con la administración de las empresas mencionadas, y las dos, ordenanzas expedidas por la Asamblea de este Departamento. Las partes han aceptado el hecho de que el Ferrocarril es de propiedad del Departamento demandado.

"Con los testimonios de Gonzalo Osorio, Pablo Bolaños, Juan B. Martínez, Luis Molina, Heliodoro Beltrán, Marco Arias y Epifanio Londoño, corroborados por los de Dioselina Holguín, Antonio Mejía y Carlos Zapata, está establecido en este proceso, que el día veintisiete de noviembre de mil novecientos treinta y seis, al rededor de las cuatro de la tarde, en el cruzamiento de la calle 11 con la carrera 8ª de la ciudad de Pereira, la locomotora número 16 del Ferrocarril de Caldas, que arrastraba los carros del tren de pasajeros que de Pereira venía hacia esta ciudad, chocó con el carro número 1 de la empresa del Tranvía de aquella ciudad, quedando este carro dañado.

"Es prueba de la situación en que quedaron los vehículos después del accidente, la fotografía que obra en autos, debidamente reconocida por los testigos Antonio Mejía y Carlos Zapata, quienes actuaron como peritos designados por la Oficina de Tránsito de Pereira, en la investigación iniciada por esa Oficina.

"De que el mencionado carro número 1 del Tranvía quedó destrozado e inservible con motivo del mencionado accidente, declaran los testigos Mejía y Zapata citados, que dicen haber reconocido el carro cuando el accidente ocurrió y el testigo Marco Arias; Heliodoro Beltrán depone que dicho carro quedó 'quebrado todo' por el golpe recibido de la locomotora.

"La parte actora alega la existencia de culpa imputable a la parte demandada y en esa culpa extracontractual, por omisiones e imprevisiones, basa la acción por ella incoada.

"La culpa es una de las fuentes de las obligaciones; el que ha cometido una culpa, que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización (artículos 1494 y 2341 del C. C.). A las entidades de derecho público, como lo es el Departamento demandado, se les puede imputar culpas civiles por falta de imprevisión o por descuido de sus agentes, culpa que se presume para ellas por mala dirección o vigilancia, con fundamento en el principio contenido en los artículos 2347 y 2349 del C. C., como lo tiene sentado la unánime jurisprudencia del país.

"Un ferrocarril en marcha desarrolla una actividad peligrosa. El art. 2356 del C. C., que dispone que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, deba ser reparada (sic) por éste (sic), establece una presunción de responsabilidad que se funda en la peligrosidad que conllevan ciertas actividades y en la dificultad para los damnificados en producir la prueba de la culpa, presunción contra la cual es necesario demostrar, para hacerla desaparecer, o aminorar la indemnización, la intervención de elementos extraños, entre los cuales está la culpa de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito; la

culpa se imputa a quien ejerce la actividad peligrosa por el hecho de ejercerla y éste sólo se libra de la presunción con la existencia de prueba de las circunstancias exculpativas dichas, conforme lo expuesto por jurisprudencia constante de la Corte Suprema.

"De manera especial consagran la responsabilidad de las empresas ferroviarias el artículo 5º de la Ley 62 de 1887 y la Ley 76 de 1920, ésta 'sobre policía de los ferrocarriles', en la que el legislador dio normas especiales, no sólo para el uso de éstos, sino para la seguridad en general en el ejercicio de la actividad que desarrollan estos vehículos".

Y más adelante agrega el Tribunal:

"Que la empresa del Ferrocarril ha tenido una cadena en el cruzamiento de la carrera 8ª con la calle 11, al lado oriental de la línea del ferrocarril, es un hecho probado plenamente en la inspección ocular practicada el trece de marzo de mil novecientos cuarenta y uno; en esta diligencia los testigos que actuaron en ella, no sólo aseguraron que la cadena existía en el momento de la diligencia, sino que por conocimiento personal de ellos saben que existía desde antes de la fecha del accidente. Los testigos Antonio Mejía y Carlos Zapata declaran que la cadena la han visto colocada durante seis veces en que ellos en calidad de peritos fueron enviados por la Inspección de Tránsito de Pereira a observar el hecho durante el paso de los trenes".

Según lo expresa con razón el Tribunal, en reiterada jurisprudencia la Corte ha llegado a aceptar la referida presunción de culpabilidad cuando se trata de actividades peligrosas como las desarrolladas por una empresa férrea y más si ella hace girar los trenes por las propias calles de una ciudad, como ocurre en el caso de autos; y, tal presunción de culpabilidad la ha basado la Corte en el contenido del artículo 2356 del Código Civil que cita también el Tribunal.

Y es exacta igualmente la observación del Tribunal consistente en que, contra la presunción de culpabilidad de que se viene hablando y para el efecto de hacerla desaparecer, o para aminorar la indemnización que corresponda, hay lugar a tener en cuenta la intervención de elementos extraños, entre los cuales está la culpa de la víctima, y también la fuerza mayor o caso fortuito.

Cabe observar aquí que, por el aspecto de la aminoración o reducción de la indemnización, tal reducción tiene fundamento legal en el artículo 2357 del Código Civil, que es del siguiente tenor:

"Artículo 2357.—La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

En el caso especial de este litigio puede partirse de la base incontrovertible de que tanto la entidad que explota un ferrocarril, especialmente si atraviesa las calles de una ciudad, como la empresa que explota un tranvía urbano cuya línea tiene sitios de cruce con el ferrocarril referido, ejecutan ambas actividades de mutua peligrosidad, aparte de la peligrosidad existente para el público en general por tal explotación.

Causado el daño a una de esas empresas por obra de la otra; y, merced a la presunción de culpabilidad basada en el ya citado artículo 2356 del C. C., hay lugar a la correspondiente indemnización, salvo el caso de que la entidad que causó dicho daño logre probar los motivos de que ya se habló, o sea los llamados a exonerarla de tales culpabilidad y consiguiente responsabilidad civil.

Empero sí hay lugar a reconocer en el caso actual que existe una presunción de culpabilidad en el supuesto del artículo 2356 del Código Civil por la peligrosidad del ferrocarril de Caldas en relación con el tranvía de Pereira; la propia peligrosidad aunque menor de éste, que fue el vehículo que sufrió el daño, indudablemente haría pensar, con la misma lógica, que existe a cargo de la empresa de tranvía una culpa presunta consistente en haberse expuesto ella imprudentemente al daño; y esto llevaría a aceptar la aplicabilidad del citado artículo 2357 del Código Civil, que ordena la reducción de la indemnización.

Ahora bien: considerados los elementos de hecho del proceso y en el supuesto de que efectivamente hubiera sido colocada en el evento de que trata este litigio la cadena única existente en el cruce de las vías; y, también en el supuesto de que las cadenas en las calles de una ciudad no han de ser dobles, es decir, una para cada boca-calle, por tener ellas el carácter de simples **señales ópticas** para advertir el peligro y no el de obstáculos eficaces para procurar evitar los accidentes, ha quedado, en todo caso, sin demostración suficiente en el juicio que la cadena hubiera sido colocada con la anticipación que señala la letra f), artículo 28, de la Ley 76 de 1920, que es la de cinco (5) minutos antes del momento de

pasar el tren. (Consúltese también el artículo 8º de la misma ley).

No está demostrado tampoco con prueba valedera que la locomotora corriera a una velocidad adecuada al sitio que recorría y ya que, en realidad, no se conoce, a ciencia cierta, la velocidad que entonces desarrollaba.

Parece manifiesta la correlación que existe entre la velocidad desarrollada por la locomotora, la antelación de la colocación de la cadena y la visibilidad de la cadena misma, aun considerada ésta como simple advertencia del peligro.

En tales circunstancias, no bastaría desde luego para exonerarse de responsabilidad por parte de la persona o entidad que causó el daño el probar que fue colocada la cadena simplemente antes de ocurrir el accidente en el cual el daño hubo de causarse, más sin llegar a demostrar que ello se hizo con la anticipación que la ley misma señala, o al menos con una anticipación adecuada para evitar de hecho el peligro mismo.

Había sido necesario, en efecto, dejar demostrado, y ello con mayor razón si se acepta no ser la cadena un obstáculo propiamente dicho, para el paso de las personas y de los vehículos, que la cadena hubo de ser colocada con anticipación plenamente suficiente.

Si en general la locomotora venía a considerable velocidad, si la visibilidad de la cadena no era bien manifiesta, y si además, de haber sido colocada efectivamente, lo fue con muy poca anticipación al accidente mismo, resultaría de manera palpable que no podría ser el caso de librar de toda responsabilidad a la empresa ferroviaria, especialmente por estar a cargo de ella, como ya se dijo, la presunción principal de culpabilidad; y corresponderle por consiguiente, no obstante el tener la calidad de demandada, la obligación procesal de destruír, de manera plena, tal presunción de culpabilidad.

En realidad de verdad la parte demandada no demostró que la locomotora, cuando ocurrió el accidente, corriera a una velocidad moderada, es decir, en general adecuada al sitio por donde entonces cursaba. Por el contrario, del dictamen pericial que corre al fl. 56 del Cuaderno de pruebas del demandante y de otras constancias del proceso puede inferirse que su velocidad hubo de ser entonces de alguna consideración, y en atención, de manera principal, al recorrido, diez (10) metros, a que la arrastraron las fuerzas de inercia una vez que el maquinista operó en el sentido de detenerla.

Quedó antes indicado que la parte demandada no dejó establecido en el juicio que la cadena hubiera sido colocada con la anticipación establecida por la ley, es decir, de cinco (5) minutos; ni siquiera que hubiera sido colocada con una razonable anticipación.

Finalmente, es por lo menos controvertible que la cadena colocada aun a manera de simple **señal óptica** y a fin de advertir el peligro de los transeúntes reuniera adecuados requisitos de visibilidad para que hubiera de cumplir así debidamente con el objeto a que se le destinaba. (Véanse inspección ocular fl. 53 v. y 54 del Cuaderno de pruebas del demandante y declaraciones de fls. 40 y 41 rendidas por Antonio Mejía y Carlos Zapata).

Si la presunción de culpabilidad estaba a cargo de la parte demandada, correspondía a ella dejar debidamente esclarecido este punto de la notoria visibilidad de la cadena, lo que no hizo en realidad.

Se sigue de todo lo que se deja expuesto que no aparece establecido en autos que el Departamento de Caldas, demandado en el juicio, hubiera demostrado como le correspondía hacerlo, que en el choque que destruyó un carro del tranvía de Pereira la empresa del ferrocarril hubiera estado en absoluto exenta de todo género de culpa.

Mas he aquí que no siginifica ello que la empresa del tranvía esté también libre de culpa alguna. Indudablemente se trata de un caso claro de concurrencia de culpas, desde luego mayor la de la empresa del Ferrocarril, caso en el cual hay lugar a aplicar el artículo 2357 del Código Civil antes transcrito.

Para demostrar que no ya sólo el motorista del carro del tranvía, sino de manera especial la empresa misma del tranvía de Pereira, procedieron imprudentemente al exponerse al peligro de que da razón el accidente ocurrido, basta tener en cuenta que, dada la inminencia manifiesta del peligro en el cruce de las vías dentro de un sector densamente edificado y poblado de la ciudad, y aunque la cadena hubiera de servir a manera de simple señal **óptica,** dicha empresa del tranvía ha debido exigir del Ferrocarril el que instalara una cadena suficientemente visible. Esta omisión de la empresa del tranvía era una omisión culposa, ya que con ella exponía imprudentemente al peligro, en la explotación efectiva

de su negocio, no sólo su propiedad, es decir, los carros del tranvía, sino también la vida de las personas que en esos carros viajaran.

La circunstancia misma de que la empresa del tranvía contribuyera por mitad al pago del sueldo del cadenero empleado del ferrocarril (comprobantes que obran a los fls. 20 v. y 23 del Cuaderno de pruebas del Departamento), es decir, de quien hacía uso de una cadena **poco visible,** colocada **sólo a uno de los costados de la vía del ferrocarril,** el oriental, y por consiguiente en calidad de señal simplemente óptica cuando los carros del tranvía corren de Occidente a Oriente, demuestra el que, de manera implícita, aceptaba, o al menos toleraba, un orden de cosas que exponía a la empresa del tranvía, de manera constante, a graves y manifiestos peligros.

Se sigue de todo lo que se deja expuesto que existe en el caso en estudio la concurrencia de culpa, y en forma tal que, si bien la empresa del Ferrocarril de Caldas, es responsable del daño causado a la empresa de tranvías de Pereira, en calidad de entidad más gravemente culpable, la indemnización a que estaría obligada aquélla sólo podría llegar a parte del valor del daño sufrido por la de tranvías.

A propósito de perjuicios, la Compañía demandante ha sostenido que se le debe pagar tanto el daño emergente como el lucro cesante por razón de la destrucción del carro del tranvía.

Respecto al daño emergente por la destrucción del carro del tranvía, parece que, aparte de las facturas de compra de dicho carro que obrán en el expediente (fls. 12, 17, 18 y 19 del Cdno. de pruebas del demandante en primera instancia); en calidad de prueba presentada por la parte demandante, el elemento probatorio de mayor significación legal es el dictamen pericial uniforme, explicado y fundamentado de los peritos Federico Drews C. y Alfredo Vinasco, no objetado por ninguna de las partes litigantes, y que es del siguiente tenor:

"Señor Juez del Circuito en lo Civil:

"La Ciudad—Nosotros, Federico Drews C., con cédula de ciudadanía número 269.674 y Alfredo Vinasco, con cédula número 1.705.316, habiendo sido designados peritos en el juicio ordinario que adelanta la Compañía de Tranvías de Pereira contra el Ferrocarril de Caldas, impuestos de las declaraciones de los señores Fabio Makey, Gustavo Castaño, Pedro y Alfredo Vinasco, de común acuerdo y teniendo en cuenta:

"1) Que de acuerdo con inspección ocular verificada por nosotros el estado de sostenimiento de los carros del Tranvía es bastante aceptable.

"2) Que los carros del Tranvía de Pereira están en uso desde el mes de agosto de 1927, y

"3) Que las pruebas que hay en el expediente sobre el estado del carro número 1, cuando el accidente de noviembre de 1936, así como de la inspección verificada por nosotros se desprende que la empresa se preocupa por el buen sostenimiento de sus carros.

"**Decimos:** Un carro de tranvía, con el sostenimiento que le da la Compañía de Tranvías de Pereira, puede durar prestando un servicio eficiente, durante 20 años; como el carro número 1 prestó servicio durante nueve años, pudo haberlos seguido prestando durante once años más. Cuando estos carros se introdujeron, salieron costando más o menos a doce mil pesos de nuestra moneda, con cambio casi a la par, de suerte que según nuestro criterio, el carro, el día que se efectuó el accidente, representaba para la Compañía un valor de **seis mil quinientos pesos** m. l. ($ 6.500.00).

"Creemos así dejar cumplida nuestra comisión.

"Somos del señor Juez, en Pereira, a 6 de septiembre de 1941. (Fdos.), **Federico Drews C. Alfredo Vinasco**".

Existe también en el proceso un peritazgo, suscrito por los señores Natalio Arango M. y Héctor Angel Arcila acerca del lucro cesante sufrido por la empresa del tranvía.

Los peritos rindieron en efecto el siguiente dictamen:

"Primero.—Pregunta el señor apoderado de la Cía. de Tranvías de Pereira en su memorial de pruebas: '**El producido neto, diario, en promedio entre 1936 y la fecha de la diligencia, de los varios carros del tranvía teniendo en cuenta la cantidad de los carros, cantidad de que los peritos deben dejar constancia:**' Para estudiar lo anterior, el señor Juan Gómez, representante en esta ciudad de la Cía. de Tranvías, puso a nuestra disposición los libros y comprobantes que se llevan en la oficina de los tranvías en esta ciudad, donde pudimos constatar lo siguiente: a) El producido bruto de los Tranvías de Pereira en el lapso de tiempo a que se contrae la pregunta, fue de **doscientos veintinueve mil quinientos sesenta y cuatro pesos con noventa y ocho centavos moneda corriente** ($ 229.564.98). b) Los gastos en el mismo lapso de tiempo ascendieron a la suma

de **ochenta y un mil ochocientos cincuenta y nueve pesos con veintiun centavos moneda corriente** ($ 81.859.21); c) El producido líquido o neto fue en ese tiempo pues de **ciento cuarenta y siete mil setecientos cinco pesos con setenta y siete centavos** ($ 147.705.77); d) De acuerdo con lo anterior el producido neto diario de la empresa fue de **setenta y dos pesos con cincuenta y siete centavos** ($ 72.57) moneda corriente, y e) Siendo seis (6) el número de carros que trabajaron ordinaria y normalmente durante el tiempo a que nos hemos referido, el producido **neto, diario** de cada carro fue en promedio de **doce pesos con treinta y cuatro centavos** ($ 12.34) m/cte.

"A las preguntas del señor representante del Departamento en este juicio que dicen: 'a) Cuál era el capital activo de la Empresa de Tranvías en el mes de noviembre de 1936, como también el capital de la misma empresa el día que se verifique la diligencia; b) De cuántos tranvías disponía la empresa para el funcionamiento corriente de ésta en noviembre de 1936 y cuántos estaban destinados diariamente según la organización y reglamentación interna de la empresa a prestar servicio diario en forma normal, es decir habitualmente. Constatará además con cuántos tranvías cuenta la empresa para el buen funcionamiento de ésta en el día de la diligencia, y cuántos estaban destinados a prestar servicio simultáneamente. c) Si la empresa de Tranvías de Pereira ha adquirido por compras nuevos tranvías del mes de noviembre de mil novecientos treinta y seis a la fecha en que se verifique la diligencia'. A este interrogatorio contestamos, de común acuerdo también, en la forma siguiente: Al punto a) Este dato no fue posible conseguirlo ya que en la oficina de esta ciudad no se llevan los libros principales de la compañía de tranvías de Pereira, libros que están en la ciudad de Medellín, donde la Compañía tiene su domicilio principal. Aquí se llevan tan sólo y nos fueron puestos a las órdenes, libros auxiliares de la Compañía de Tranvías de Pereira y esos datos pueden o deben estar en los principales y no en éstos. Al punto b) Según pudimos constatar en las planillas que se pusieron a nuestra disposición, durante los veinticinco (25) primeros días del mes de noviembre de 1936 trabajaron ordinariamente siete (7) carros del tranvía. De allí en adelante prestaron servicio diario, en forma normal, seis (6) carros solamente. Hacemos constar expresamente que algunos días, durante el lapso de tiempo a que se contrae este dictamen, solamente trabajaron cinco (5) carros y aun a veces menos de este número, pero por lo regular trabajaron, como ya lo hemos expresado, seis aparatos o carros de tranvía. El día que se practicó pudimos constatar que estaban trabajando seis (6) carros o aparatos de tranvía. Al punto c) No podemos saber si la empresa ha adquirido nuevos carros del tranvía por compras hechas desde noviembre de 1936 hasta la fecha pues, como lo advertimos desde el principio, los libros principales no se llevan en esta ciudad de Pereira sino en Medellín, de acuerdo con lo informado en el acto de la diligencia. A nuestra disposición se pusieron libros auxiliares que no permiten averiguar si las compras en mención se efectuarían o no.

"En la forma expuesta dejamos rendido nuestro dictamen y estamos a la disposición del Sr. Juez para ampliarlo, aclararlo, etc., etc., si lo estimare conveniente.

"Señor Juez. — Pereira, julio 28 de 1941 — (Fdos.), **Natalio Arango M. Héctor Angel Arcila".**

Tampoco fue objetado este dictamen uniforme dentro de la debida oportunidad procesal, si bien la parte demandada, en sus alegatos finales de instancia, de manera ahincada llama la atención acerca de que los peritos tuvieron en cuenta, para fijar el producido diario de la empresa y del carro destruído, sólo elementos emanados de los libros de tal empresa, los cuales por sí solos no constituyen prueba plena contra el Departamento demandado, es decir, como si se tratara de libros llevados por comerciantes llamados a constituír plena prueba en sus mutuas relaciones, y en su calidad de tales, y a la luz de lo estatuído en el artículo 43 del Código de Comercio.

Parece incontrovertible que en general la disposición que se acaba de citar del Código Mercantil no cubre, con un alcance perfecto, casos de la naturaleza del contemplado en este litigio, cuando las obligaciones entre las partes no corresponden propiamente a relaciones dentro del giro de sus negocios, es decir, a genuinas causas mercantiles, aún consideradas aquéllas como empresas públicas de transporte, sino a situaciones de hecho entre ellas creadas y de origen culposo.

Mas no quiere esto decir que no puedan los peritos recurrir, en calidad de elementos de información para basar su dictamen, a los libros mismos de la empresa perjudicada, ni que deba

desestimarse en absoluto un peritazgo uniforme y explicado, no objetado en oportunidad por las partes, ni contradicho en forma alguna en el juicio por pruebas tendientes a restarles fuerza de convicción, como ocurre en el presente asunto, y ya que, de una parte no puede sostenerse con fundamento suficiente que los peritos para poder dar un informe acertado, les está vedado recurrir a información extrínseca al proceso; y por cuanto también es innegable que los libros mismos de la empresa respectiva son los documentos mejor calificados para dar luz e información seria sobre estos particulares de la marcha económica de la empresa.

De manera que la Corte, atendiendo a que indudablemente existió de hecho algún lucro cesante con la destrucción del carro del tranvía y a que no existe razón suficientemente clara, ni apoyo firme para la Corte misma a efecto de cambiar la estimación pericial, habrá de llegar a la conclusión de que es aceptable la fijación hecha por los peritos de un producido líquido para el carro destruído de $ 12.34 diarios.

Según la transcripción antes hecha no dijeron en concreto los peritos el tiempo durante el cual se prolongó o debió prolongarse este lucro cesante con base en la cantidad diaria antes mencionada.

El apoderado de la parte demandante en su alegato de la primera instancia manifiesta en relación con el lucro cesante de que se viene hablando lo siguiente:

"Por lo que hace al lucro cesante éste ha sido, entre la fecha del insuceso y el 20 de julio /41, de $ 12.34 diarios. Los factores que dieron este resultado pueden verse en la exposición de los peritos Arango y Angel Arcila (f. 76), y tales factores son suficientemente claros y fundados e incontestables.

"Entre el 27 nov. /36 y el 8 jul. /41 han pasado 1.702 días que a razón de $ 12.34 diarios, son $ 21.002.68."

Y en verdad que no aparece fundada esta liquidación hecha por la parte demandante, que implica el reconocimiento de un período de cerca de cinco (5) años desde el 27 de noviembre de 1936 hasta el 8 de julio de 1941 durante los cuales estuvo causándose el lucro cesante diario.

Parece lo más razonable que el período en cuestión sólo pueda extenderse desde la fecha en que quedó inutilizado el carro del tranvía por razón del choque con la locomotora, hasta el vencimiento de un término prudencial que se considere suficiente para la adquisición por la empresa de un nuevo carro destinado a reemplazar el que fue destruído.

Y parece también que este sea el criterio aceptable en punto de la fijación del lucro cesante, ya que no se ha pretendido siquiera establecer que, por razones de una u otra índole, fuera imposible la consecución para la empresa del tranvía de un nuevo carro en sustitución del inutilizado por la locomotora del ferrocarril.

Ni es de presumir tal imposibilidad tratándose de una sociedad de capital considerable, o sea por el monto de doscientos mil pesos ($ 200.000) según las constancias de los autos, y dedicada además a explotar un servicio público de transportes a cuya continuidad en forma adecuada debía naturalmente atender dicha empresa explotadora.

Se sigue de todo lo expuesto que el Departamento habrá de ser condenado a pagar la **mitad** del valor del carro del tranvía destruído según el correspondiente avalúo pericial, o sea a pagar, por razón de dicha **mitad**, la cantidad de tres mil doscientos cincuenta pesos ($ 3.250.00) y en calidad de daño emergente.

Se estima equitativa la proporción de mitad, en el caso actual de concurrencia de culpas, por ser la del Ferrocarril, por la naturaleza misma de las cosas una culpa de mayor gravedad, de donde se concluye que no habrá lugar a reconocer en este fallo la compensación cabal de ambas culpas para el efecto de absolver al Departamento demandado, declarándolo exento de toda indemnización.

En materia de lucro cesante la condenación se hará en abstracto a fin de que la liquidación del valor de dicho lucro cesante, y por consiguiente de la mitad de él, se fije mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

En el incidente respectivo se tendrá como base para la liquidación del lucro cesante la cantidad de $ 6.17, es decir, la mitad de lo fijado por los peritos, que fue la suma de $ 12.34, y ya que sólo por esa mitad y en virtud de lo que se deja antes expuesto en este fallo sobre concurrencia de culpas, hay lugar a hacer la condenación a cargo del Departamento. Y en ese mismo incidente habrá lugar a determinar, mediante las pruebas adecuadas, el tiempo durante el cual ha podido prolongarse dicho lucro cesante, a fin de

llegar así a la liquidación definitiva de la indemnización por el concepto de que se viene hablando y según lo que hubo de ser antes expuesto.

Por razón de lo que se deja relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Manizales con fecha 19 de octubre de 1942 y en su lugar FALLA:

1º Condénase al Departamento de Caldas a pagar a la **Compañía de Tranvías de Pereira** la cantidad de tres mil doscientos cincuenta pesos ($ 3.250.00), valor de la mitad del perjuicio sufrido y en calidad de daño emergente por la destrucción o inutilización de un carro del tranvía de propiedad de la Compañía expresada, hecho ocurrido en la ciudad de Pereira el día 27 de noviembre de 1936;

2º Condénase también al Departamento de Caldas a pagar a la Compañía de Tranvías de Pereira el valor de la mitad del lucro cesante por la desrucción del carro del tranvía de que habla el ordinal 1º que precede, valor que será fijado mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de esta sentencia;

3º Se absuelve al Departamento de Caldas de los demás cargos formulados en la demanda.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Isaías Chaves—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE DOMINIO SOBRE TIERRAS BALDIAS

1.—El artículo 5º de la Ley de 11 de octubre de 1821, la primera que dictó el Congreso de la República sobre enajenación de tierras baldías, dispuso "que los que poseyeren tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción deberán concurrir en el tiempo perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas". Los poseedores debían acudir a la correspondiente oficina de hacienda para la expedición del título respectivo y el juez, en consideración a la posesión material otorgaba la prescripción declarando dueño al poseedor. En el caso de autos la sentencia que se ha traído al proceso consagró la propiedad particular de las tierras a que ella se refiere, basándose en una justa prescripción, y es por tanto título al que corresponde reconocerle la plenitud de sus efectos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero veintiseis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El doctor Carlos Goenaga González, vecino de Santa Marta, hablando en nombre de la Nación, cuya personería lleva según el poder especial que le otorgó el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en instrumento número 2631 de fecha 23 de octubre de 1936, otorgado en la notaría 4ª de Bogotá, en ejecución de un contrato sobre bienes ocultos, demanda a la empresa o compañía denominada Magdalena Fruit Company, sociedad extranjera establecida en Washington, Delaware, Estados Unidos de América, legalmente incorporada en Colombia y con negocios permanentes en ella, especialmente en el Departamento del Magdalena, representada por su gerente o apoderado general, a fin de que mediante los trámites del juicio ordinario se declare en sentencia definitiva, que son tierras baldías y por consiguiente de propiedad nacional los dos lotes de tierra descritos por sus linderos en la demanda.

El primero es un predio que consta de ocho mil hectáreas (8.000), situado en los Distritos de Aracataca y San Juan de Córdoba, Corregimiento de Sevilla, región de Tucurinca, en el Departamento del Magdalena.

Y el segundo es un predio de trescientas cincuenta hectáreas (350) conocido con el nombre de El Marne, ubicado en la misma región de Tucurinca, de los distritos de Ciénaga y Puebloviejo.

Como consecuencia de la declaración anterior se solicita que la compañía demandada sea condenada a restituír a la Nación "los terrenos indicados y los frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo los bienes en su poder, o a falta de ellos su valor al tiempo de la percepción".

"Que la Magdalena Fruit Company, deberá abstenerse de ejecutar cualesquiera acto de ocupación por si o por medio de terceros que lo hagan a nombre de ella como mandatarios, arrendatarios o cualesquiera otra forma, en dichos terrenos".

En la demanda se invoca como hecho esencial que los terrenos, ocupados por la Magdalena Fruit Company, son baldíos, porque nunca han salido del patrimonio nacional por las vías legales.

La demanda fue admitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en donde se presentó; corrido de ella el traslado la empresa demandada propuso las excepciones dilatorias de **ilegitimidad de la personería del demandante** é **inepta demanda,** que fueron declaradas no probadas por el Tribunal, en providencia confirmada por la Corte.

La parte demandada contestó la demanda, oponiéndose a las peticiones que ésta formula.

En primera instancia el juicio siguióse por todos sus trámites. Terminados éstos el Tribunal le puso término en sentencia cuya parte resolutiva dispone:

"1º Niéganse todas las peticiones de la demanda en lo que se refiere al lote señalado en el punto "Primero", aparte a) del libelo;

"2º Declárase que es baldío o sea de propiedad nacional el lote de tierra a que se contrae el punto "segundo", aparte a) de la demanda, predio llamado "El Marne", con trescientas cincuenta hectáreas (350) y con linderos señalados en la segunda parte del dicho punto "segundo"";

"3º Condénase a la Magdalena Fruit Company a restituír el lote "El Marne" en las condiciones a que se contrae la primera parte de la petición marcada con la letra c), y a restituír los frutos a que se refiere el mismo aparte c), pero desde la contestación de la demanda.

"4º Impónese al demandante una multa de cien pesos ($ 100.00) moneda legal, que debe pagar el demandado, conforme al inciso 2º, artículo 649 del Código Judicial".

Contra esta sentencia interpusieron el recurso de apelación tanto el apoderado de la Nación, como el de la parte demandada. A virtud de ello el negocio vino a la Corte, donde tuvo nuevo término de prueba, habiéndose practicado durante ese período una diligencia de inspección ocular por los magistrados de toda la Sala, sobre los terrenos materia del juicio.

Estando agotada la sustanciación de la segunda instancia, llega el momento de que la Corte decida.

Propiedad de las tierras demandadas

La primera petición de la demanda se basa en la afirmación de que las tierras del litigio son baldías. Niega esta afirmación el demandado y para justificarla adujo varios documentos con los cuales pretende acreditar que salieron del patrimonio nacional hace más de un siglo.

Se pasa a examinar tales documentos, pues si ellos muestran efectivamente que las tierras entraron al dominio particular en época pretérita, la acción tendiente a que se declare que tienen el carácter jurídico de baldíos está condenada a fracasar.

Los tres magistrados que constituían entonces esta Sala de Negocios Generales de la Corte efectuaron el día 28 de abril de 1941, a solicitud de la parte demandada una diligencia de inspección ocular en el Juzgado Primero del Circuito de San Juan de Córdoba, en la cual se practicó el examen del expediente relativo al juicio ordinario del señor Manuel Dávila P., contra el señor Urbano de la Hoz y otro. En el acta de la respectiva diligencia consta lo siguiente:

"Una vez que los señores Magistrados y los señores peritos examinaron minuciosamente el dicho expediente pudieron constatar lo siguiente: Primero. Que a folios cuatro del "cuaderno de pruebas de Manuel Dávila" y en papel sellado que dice: "Año económico que principia en prim. de Set. de mil, ochocientos treinta y seis y concluye en treinta y uno de agosto de mil och. treintaisiete. Vale un real", se lee lo siguiente: "Sor. Juez Letrado de hacienda.... Migl. y Lorenza Garcia de Munive por si y prestando voz y causión pr. su hermano Juan a Vs. atentamente exponemos: que pr. los testimonios qe. solemnemente presentamos compuesto de 58 fs. utiles se comprueba de la manera más legal los justos títulos de propiedad señorio y posesión qe. tenemos de las tierras nombradas Aracataca y de las llamadas de la concepción qe le son anexos y qe. poseemos sin interrupción ha mas de cincuenta años.... Queriendo obtener el titulo qe. previene la ley 11. de octub, de 1821 por haberse perdido, ocurrimos pr. una mala inteligencia a S. E. el Presidente dela Repca. pa.q. en virtud de las razones qe. expusimos en nuestros memoriales de fs. 49 ala 57 se nos mandase librar aquel pa.q. en ningn. tiempo se nos pudiese molestar pr. nadie so pretexto de lo qe. dispuso la ley citada en su artº 14 yq. ciertamte. no ha tenido efecto en toda la extensión dela repca. pr. haber faltado la misma ley a la condición no habiendose establecido la oficina Gral. y particulares de agrimensura enlas provincias. Mas el P. E. en las resoluciones de 27 de julio y 16de novb. de 1836. a fs. 55 vto. y 57 ha declarado qe. no esta en sus facultades mandar librar el titulo delas trras. baldias q. se nos concedieron pr. el gobno, español pr. no facultarle al efecto ni la Constitución ni la ley: que nosotros podemos hacer uso del dro. que nos resulta de entreambas resoluciones supuesto q. el gobierno de la Nueva Granada ni ha decidido ni promovido qe. se decida q. los propietarios q. no hubiesen cumplido los arts. 13 y 14 sufran la pena establecida en este último.... ..."En virtud y conforme al mérito q. prestan los testimonios presentados en q. se acredita extensa y legalmte. ntro. derecho y las declaratorias hechas pr. el P. E. de la Nueva Granada (con relaciones a las disposiciones de la ley 11 de Octe. citada) y al espiritu del artº 223 de la ley 14 de mayo de 1834.... A V. S. suplicamos se sirva impartir su aprobación q. nos sirva de firme titulo a los muy justos q. tenemos de pro-

piedad señorio y posesión no interrumpida pr. mas de medio siglo. Es justicia. En Santa Marta 12 de febo. de 1837..... Migl. Garcia — Ma. Lorenza Garcia..... (firmas rubricadas)..... .....Vistos: Resultando de los testimonios presentados q. desde el año de mil setecientos ochenta y cinco, el finado Sr. Basilio Garcia legitimo Pade, de los qe. representan, se estableció en las tierras q. se hallan en la ignografía del Plano corrte. a f. 26, q. desde aquella fha. su ocupación no ha sido interrumpida habiéndosele reputado como legitimo dueño de las tierras tituladas la Santisima Trinidad de Aracataca, y las q. ahora se llaman de la Concepción anexas a dho. plano: q. segun consta al reverso de f. 3 el finado Sr. Garcia presentó al Gobernador de esta prova. el año de mil setecientos noventa y ocho una real provición de la Audiencia de diez y ocho de setiembre de mil setecientos noventa y siete pa. qe. se (hay un sello que dice: "Sellos. Republica de la Nueva Granada". —Tiene un escudo) le pusiere en posec.n de las expresadas tierras previas las diligencias de realengo y mensura como lo prevenia la Real Cédula de 2 de agosto de mil setecientos ochenta y qe. poseia legalmente segun su tenor: que de la información q. hizo instruir el interesado crrte. desde f. 3 hta, la qa. vuelta con citación del personero del Comun y demas individuos q. se creieron colindantes se justifica q. el expresado Garcia fue el primer descubridor de este terreno, habrio caminos (sic), introdujo ganados y fundo casa y corrales pr. lo q. se le repoutó desde entonces con señorio a este terreno: que de la misma información quedo justificado ser dhas tierras baldias y q. de su enagenación no se le seguia perjuicios ninguno de sus colindantes ni a población alguna como lo manifesto el Sindico Procurador en su vista f. 3 de fha. veinte y seis de junio de mil setecientos noventa y ocho y no contradijo el juez Comisionado Dn. Andrés Diaz Granados ante quien se instruieron aquellas diligencias aprobandolas en la Parroqa. de San Carlos de la Fundación; que citados los colindantes se procedió pr. el Juez y Agrimensor á hacer el deslinde y mensura sin q.e hubiere habido oposición p.r ninguno de los interesados justificandose q.e las tierras denunciadas eran efectivamente baldias: Que hoy que representa pr. las razones manifestadas en los escritos q.e remitieron al Supremo Poder Ejecutibo f. 49 y 56 p.r los trastornos q.e ha sufrido su casa han perdido los documentos q.e acreditaban su derecho a la poseción de las enunciadas tierras q.e son las mismas q.e constan en el plano citado y las de la Concepc.n anexas aquellas, q.e no han sido abandonadas en ningun tiempo, habiendoseles considerado como representantes del finado dor. Garcia dueños de ellas, amparados y protegidos en todo este largo periodo de mas de cincuenta años p.r todas las auotridades de la Prov.a segun se demuestra de los testimonios q.e adjuntan con la antecedente representación: p.r estos antecedentes y lo expuesto en su conformidad p.r el S. P. Ejecutivo a quien directam.te ocurrieron los interesados p.a q.e se les librase el correspon.te tit.o con el fin de evitar el q.e en ningun tiempo se les moleste p.r falta de este requisito, y lo dispuesto en la ley 282 tit.o 29 part. 3ª y demas q.e hablan de una justa prescripc.n en nomb-e de la Rep.ca y p.r autoridad de la ley se declara a los señores Juan, Miguel y Lorenza García legítimos dueños de las tierras tituladas la Santisima Trinidad de Aracataca bajo los linderon q.e representa el plano mencionado, y las anexas nombradas la Concepc.n bajo los limites expresados de los rios Aracataca y Agi caño de Macaraquilla y anegadizos de la Cienaga grande como se demuestra en Otra Real Provc.n segun la certificac.n del Escribano Gaspar Antonio González corrientes f. 48 vuelta y demostración al reverso de f. 54 entregueseles este espediente como suficiente tit.o de propiedad. — Agustín Dz. Granados ..... Lo proveyó el Sr. Juez Letrado de Hacienda de esta provincia Dr. Agustin Granados pr. antemi el infrascripto Escribano pubco. que doy fé. — Santamarta, Febrero quinse de mil ochocientos treinta y siete. — J. Escolástico Linero. — Esbno. pubco. — Incontinenti impuse en su casa al Sr. Migl. Garcia. — Doy fé — Garcia. — Linero. — Seguidamente hise lo mismo con la Sra. Lorenza Garcia. — doy fé. — Garcia — Linero".

"Las costas causadas en este esp.te, son las q.e —al señor Juez Letrado de Hacienda, p.r su honoro y (sigue una palabra ilegible) —8.7— Al Ebno. actuario —2. "—$ 10.7"— Santamta. Febo 15 de 1837—J. Escolástico Linero— En el mismo día le entregué este expediente a los tres interesados, Doy fe, Linero..... — Administración de Recaudación — Son 5 ps. — Los Srs. Juan, Miguel y Lorenza Garcia de Munive han enterado cinco ps. por el dro. de registro sobre ocho mil ps. en que se han convenido los

interesados y este Admon. de Recaudación podrán valer ahora más o menos las tierras de su propiedad nombradas Aracataca y la Concepción, porque habiendo perdido los documtos. de propiedad q.e tenian de ellas, ocurrieron con los testimonios del caso al Supremo Poder Ejecutivo, y posterimte. a este Juzgado de Hacienda, quien p.r sentencia judicial fha, de ayer les ha impartido el correspondiente título de propiedad que es el que se registra conforme al párrafo 6º del arto. 15 concordante con el 13 de la ley 22 de mayo de 1826, a razón de medio rl. por cada cien ps. conforme a las ultimas disposiciones. Santa Marta Fbo. 16 de 183.. (La firma no aparece porque el papel en el sitio en donde debía encontrarse está roto)..... ...Hay un sello que dice sello República de la Nueva Granada. Año económico u. principia en prim. de set. de mil ochoc.t reinta y seis y concluye en treintayuno de agos, de mil och. treintaysiete. Vale un real. — Cretaria Municipal. — Santamarta 17. de febrero de 1837. Queda registrada la anterior sentencia, p.a lo cual fueron pagados los dros. nacionales, segun la.... (palabra ilegible) q.e rubricada p.r esta secretaría se agrega, quedando hecho el registro en el libro respectivo de mi cargo desde el folio 1º hasta la vuelta del 2; y porque conste lo anoto — El Secretario Municipal — José Catalino Noguera — Santamarta, 14 de Agosto de 1837.... Como Alcalde de la Catedral encargado d. la gefeta. política y por impedimento del señor Miguel Garcia actual Gobernador de la Provincia, he registrado el presente título bajo el numo 99 en el libro anotador de los títulos de tierras q.e lleva la Gobernación en los años de 1836 y 1837 — M. Abello"..... Los señores Magistrados observaron que la actuación de donde se ha tomado la sentencia transcrita tiene toda la apariencia de ser original. La firma de Juez letrado tiene también toda la apariencia de una firma autógrafa como la del Escribano Publico, que autentica dicha sentencia. —Segundo. —Segun aparece de la transcripción que se ha hecho fue registrada en la Secretaría Municipal la referida sentencia".

De la transcripción anterior se desprende:

Primero, que los sucesores del señor Basilio García se dirigieron al Poder Ejecutivo en solicitud del título sobre las tierras de la Santísima Trinidad de Aracataca, a fin de no exponerse a caer en la sanción prevista en la ley de 11 de octubre de 1821, pero el gobierno no se consideró facultado para atender la solicitud.

Segundo, que entonces los interesados acudieron al juez letrado de hacienda de la provincia de Santa Marta; quien así lo verificó, reconociéndoles el título de propiedad, fundado en la documentación que al efecto acompañaron y en las leyes que consagraron la **justa prescripción** de los baldíos.

Tercero, que el juez reconoció la **justa prescripción** porque encontró acreditado que Basilio García se había establecido en las tierras y desde entonces continuaron ocupadas ininterrumpidamente hasta la época en que el juez hizo el reconocimiento.

Cuarto, que la sentencia del juez letrado, que fue el título en que se fundó el Tribunal es auténtica, como auténticos son el certificado de la recaudación sobre pago de los derechos de registro, y la constancia sobre registro de la sentencia en la secretaría municipal, practicada el 14 de agosto de 1837.

Quinto, que el juez letrado reconoció la propiedad de las tierras en favor de los sucesores de don Basilio García, según el plano que obraba en la diligencia de mensura efectuada por el agrimensor don Cristóbal Vidal en los días 13 y 14 de marzo de 1807, de las tierras nombradas Santísima Trinidad de Aracataca y sus anexas La Concepción, (documentos de fls. 71 a 81 cuaderno Nº 15, que fueron traídos en copia, según lo ordenado durante el curso de la inspección ocular).

Sexto, que a este expediente se trajo una copia del referido plano.

El artículo 5º de la Ley 11 de octubre de 1821, la primera que dictó el Congreso de la República sobre enajenación de tierras baldías, y en que se fundó el juez letrado de hacienda, dispuso "que los que poseyeran tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción deberán concurrir en el tiempo perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas".

En el expediente que tuvo a la vista el juez letrado, y que en copia figura en este proceso, consta que don Basilio García por conducto de la autoridad hizo medir las tierras de la Santísima Trinidad de Aracataca, con el objeto de obtener su adjudicación como tierras realengas,

por haberlas descubierto y trabajado. La medida fue hecha por el agrimensor don Cristóbal Vidal en el año de 1807, mas no aparece que se perfeccionase la adjudicación posteriormente. Por ello los sucesores de García, continuadores de éste en la posesión de las tierras, ocurrieron en el año de 1834 al juez de hacienda demandando la expedición del título que había previsto la Ley de 11 de octubre. Y el juez, en consideración a que la posesión material de los García sobre el terreno venía de época remota, reconoció en su favor la prescripción, declarándolos dueños. Esta declaración hízola el juez atendiendo a que no se habían establecido en la República la oficina general y las particulares de agrimensura ordenadas crear en la misma ley donde se debían presentar, de acuerdo con ella, todos los títulos de propiedad.

La sentencia consagró pues la propiedad particular de las tierras a que ella se refiere, basándose en una justa prescripción, y es por tanto título al que corresponde reconocerle la plenitud de sus efectos, y contra el cual nada ha objetado el apoderado de la Nación, quien en la segunda instancia se abstuvo de hacer ninguna alegación contra él.

Los dictámenes periciales producidos con motivo de la inspección ocular practicada por la sala en las tierras alinderadas en la demanda comprueban satisfactoriamente que tales lotes, el uno de 8.000 hectáreas, situado en el Distrito de San Juan de Córdoba y Aracataca, y el otro de 350 hectáreas, denominado "El Marne", están incluídos dentro del terreno comprendido por el plano levantado en 1807, en que se apoyó el juez letrado.

Dice en efecto el perito doctor García Padilla, fl. 90 cuaderno Nº 15:

"En cuanto a la identidad o diferencia o relación en general que puede mediar entre las tierras de la demanda (descritas en el libelo) las tierras a que se refiere la sentencia del Juez Letrado y las tierras descritas en la escritura 185 de 1934 por la cual compró la Magdalena Fruit Company, conceptuo que las tierras de la demanda son idénticas a las tierras descritas en la escritura 185 de 1934, con los nombres de Santísima Trinidad y El Marne según se comprueba con la simple lectura de las alinderaciones en el libelo de demanda y las dadas en la escritura número 185 en cita. Ahora, estas tierras, o sea, las descritas en la escritura 185 y en libelo de demanda, qué cosa son en relación con las tierras a que se refiere o a que alude la sentencia del Juez Letrado? Ante todo advierto que la sentencia del Juez Letrado no tiene linderos de la Santísima Trinidad pero esa sentencia alude a un plano. Existe un plano efectivamente del año de 1807 al cual hace referencia una antigua diligencia de mensura, documentos todos que con la sentencia del Juez Letrado se encuentran en el expediente del juicio que sigue Manuel Dávila P. contra Urbano de la Hoz y de los cuales se ordenó tomar copia por la Corte. Pues bien, la sentencia del Juez Letrado puesta en relación con el plano, explicado éste por la diligencia de mensura sí se refiere indudablemente a un globo de terreno encerrado en lo general entre los ríos Aracataca y Sevilla, el camino del Valle Dupar y los anegadizos de la Ciénaga Grande. Esto se corrobora con el registro de los antiguos títulos de las tierras de la Santísima Trinidad cuya copia tomada del propio expediente Dávila-De la Hoz, obra en el proceso. Basta leer la antigua acta de mensura sobre su plano de (o el registro de los antiguos títulos de la Santísima Trinidad) para comprender como cosa indudable que el concepto titular antiguo de las tierras de la Santísima Trinidad era el de un globo encerrado en lo general dentro de los linderos ya expresados. Ahora bien, el globo de terreno que se describe en la demanda y en la escritura 185 de 1934 con el nombre de la Santísima Trinidad se halla indudablemente entre el río Aracataca (al cual toca dicho globo) y el río Sevilla (a donde no alcanza a extenderse tal globo) y entre el camino del Valle Dupar y los anegadizos de Ciénaga Grande a donde no alcanzan hoy las tierras dichas pues entre la laguna y ellas quedan otras tierras, lo que no pasaba antiguamente cuando las aguas de la laguna no se habían retirado a donde se hallan hoy, pues es notorio tal desplazamiento. En cuanto el globo del Marne, localizado de acuerdo con los linderos del libelo de la demanda y de la escritura 185 de 1934 también se halla en el interior del gran perímetro mayor demarcado por los ríos Aracataca y Sevilla, anegadizos de la Ciénaga Grande y antiguo camino del Valle Dupar que son los linderos, según los antiguos títulos, de la Santísima Trinidad y los cuales linderos rectamente se entiende referirse la sentencia del Juez Letrado de Hacienda que alude al plano de dichas tierras, cuyos títulos, según la diligencia de registro de

antigua data, que obra en el proceso, señalan como linderos también los ya expresados.

"Por lo mismo concluyo que las tierras de la Santísima Trinidad y El Marne que se describen en la demanda y que son las mismas que con dichos nombres se describen en la escritura 185 de 1934 son parte de las tierras de la Santísima Trinidad que figuran en el plano de 1807, siempre, eso sí, que se tenga el globo descrito en el plano antiguo como ensanchado sobre el lindero de los anegadizos de Ciénaga Grande, como efectivamente se ha ensanchado por haberse retirado o desplazado las aguas de la laguna en el trascurso de los largos años corridos de una época a otra (1807 a 1934)".

Y manifiesta el perito doctor Romero Barrios (fl. 62 ibidem):

"Por todo lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta que los terrenos de la Santísima Trinidad de Aracataca a que se refiere la sentencia de 1837 del Juez Letrado de Hacienda son los que aparecen descritos en el mencionado plano de 1807, y en la diligencia de mensura del mismo año que figuran en el cuaderno de pruebas de don Manuel Dávila P. en el juicio de éste contra Urbano de la Hoz, y que son además los terrenos a que se refiere la diligencia de Registro de la Gobernación de Santa Marta que figura en el otro cuaderno de pruebas de Manuel Dávila P. en el mismo juicio, conceptúo: que el terreno denominado Santísima Trinidad de Aracataca así como el denominado El Marne (parte del antiguo globo de la Santísima Trinidad) tal como se describen en la demanda de la Nación contra la Compañía y tal como se describen en la escritura de compra de la Magdalena Fruit Company a la United Fruit Company, o sea tal como figuran en el plano de junio 30 de 1924, escala 1/50.000, presentado en la diligencia de inspección ocular por el doctor Zuleta, están comprendidos dentro del globo a que se refiere la sentencia del Juez Letrado de Hacienda de 1837, lo mismo que dentro del globo a que se refiere la antigua diligencia de registro de títulos hecha en la Gobernación de Santa Marta, pues las diferencias aparentes que a primera vista hay entre los linderos del globo a que alude la sentencia del Juez Letrado y los del terreno a que se refieren la demanda y la escritura de venta de la United Fruit Company a la Magdalena Fruit Company se explican con toda facilidad por una parte en virtud de la desecación y consiguiente desplazamiento de la Ciénaga Grande y por otra parte en virtud de las variaciones que han ido teniendo los cursos de los ríos Aracataca y Sevilla así como por las variantes que con el tiempo se fueron produciendo en el camino que va para Valle Dupar, lo mismo que por la circunstancia conocida de no ser el terreno a que se refiere la demanda sino parte del globo a que alude la sentencia del Juez Letrado de Hacienda".

"Acompaño al presente dictamen; un cuadro de coordenadas y análisis hechos según el acta de mensura del año 1807; cuyas distancias aparecen en varas castellanas y metros; un plano transparente en escala 1/50.000 de la Santísima Trinidad de Aracataca, confeccionado de acuerdo con las mencionadas coordenadas y el acta de mensura del año 1807; y un plano de parte de la Santísima Trinidad de Aracataca en escala de 1/50.000, hecho en junio 30 de 1924, que es igual al presentado por el doctor Zuleta Angel a la Corte".

De los dictámenes anteriores acordes en sus conclusiones y fundamentos se infiere que los dos lotes de la demanda están amparados por la sentencia del Juez Letrado, de 1834, que reconoció la propiedad particular, ganada por prescripción, de un lote mayor.

La sentencia apelada trae el detalle en lo principal de los títulos, con los cuales se ponen de manifiesto las sucesivas transferencias de dominio de los terrenos de la Santísima Trinidad de Aracataca, desde por lo menos el año 1850 hasta la época actual, relación que está acorde con la realidad y conviene transcribir:

"Uno de los dueños de esos predios, reconocido debidamente en el fallo del Juez Letrado, lo fue el señor Miguel García Munive, quien por medio de su apoderado don Miguel Abello, vendió la tercera parte de los terrenos al señor Pedro Díaz Granados, conforme lo reza la escritura pública de 21 de noviembre de 1850. Dicha escritura (cuaderno Nº 10) dice en lo fundamental: "...que en representación de mi citado poderdante y en nombre de sus herederos y sucesores, vendo legalmente y con efecto al señor Pedro Díaz Granados de este comercio y vecindad, la tercera parte de las tierras nombradas la Santísima Trinidad de Aracataca y sus anexas La Concepción que contiene en su todo treintiocho estancias, seis almudes.... y cuyos linderos generales son: los de Cataca: el rio de Sevilla al de Aracataca, Norte y Sur y camino real de Valledupar en el

punto D. que determina el mapa: aguas abajo a los anegadizos de la Ciénaga grande, Este,Oeste..."

"Mas adelante se hacen en la escritura estas manifestaciones: "Primera. Que siendo las tierras que se dejan deslindadas comunes a tres dueños esto es, al señor vendedor y los señores Juan, Lorenza García Munive si algun dia conviniese, puedan dividirse entre ello bajo demarcaciones claras y completamente escrituradas.....".

"Conforme a la escritura pública número 239 de 3 de septiembre de 1908, los señores Manuel G. Angulo y Rafael Robles, como representantes del señor José María Díaz Granados, hijo éste del señor Pedro Dz. Granados, vendieron a don Manuel Dávila Pumarejo los derechos que su representado tenía en la herencia de su padre. (Cuaderno Nº 10).

"Mas tarde fue protocolizado el juicio mortuorio de don Pedro Díaz Granados, padre de José María, conforme lo acredita la escritura pública número 305 de 5 de diciembre de 1908, de la Notaría de Ciénaga. Esta escritura dice en lo conducente, después de declarar que José María Díaz Granados fue declarado heredero de su padre Pedro Dz. Granados y de mencionar lo relacionado con la práctica de los inventarios comprensivos de las tierras de Santísima Trinidad de Aracataca y la Concepción: "Llenados los requisitos legales de este juicio, faltaría ordenar se procediera a la partición, pero no hay participes sino heredero único y se está en el caso de adjudicar a José María Dz. Granados los bienes de la sucesión; pero como Manuel G. Angulo y Rafael Robles en su carácter de mandatario (sic) de José Maria Diaz Granados vendieron a Manuel Dávila P. los derechos herenciales que a aquel correspondían en la sucesión de Pedro Díaz Granados, como consta en la escritura pública.. número 239 de tres de septiembre ultimo y como Manuel Dávila P. ha sido declarado cesionario (auto de dos del presente mes) de los dichos derechos herenciales que corresponden a Jose Maria Diaz Granados en la causa mortuoria de Pedro Diaz Granados, ahora pide Rafael Robles, como apoderado sustituto de Manuel Dávila P. que se adjudique a este.... los bienes inventariados que constan en la diligencia de la hoja 29 de esta causa, de fecha diez de julio. Por todo lo expuesto, el Juzgado 2º del Circuito administrando..... adjudica a Manuel Dávila P., como cesionario de Jose Maria Diaz Granados, los bienes inventariados a saber: la tercera parte de las tierras nombradas "La Santísima Trinidad de Aracataca y anexa de la Concepción..... y con los linderos ya especificados y ordena además, 1º Que se le expida copia al cesionario de esta sentencia que le servirá de hijuela.....". Al pie de este documento está la siguiente nota de registro: "Oficina de registro del segundo Circuito —San Juan de Cordoba.... Hoy se registró la anterior sentencia, en el Libro de registro de causas mortuorias, del año en curso al frente y vuelta del folio 6 partida número 6. El Registrador, Luis R. González". Hay que advertir, para evitar errores, que la sentencia precedente tiene fecha catorce de octubre de mil novecientos ocho, pero como el juicio fue protocolado con posterioridad, por eso la protocolización es de fecha cinco de diciembre de este año. (cuaderno Nº 8)".

"En consideración a los derechos provenientes de los otros comuneros de las tierras mencionadas o sea de los señores Juan García Munive y Lorenza García, madre legítima esta de don Manuel y don Francisco Dávila García, conforme aparece acreditado en el juicio (véase testamento de este último y las escrituras correspondientes del cuaderno número 10), constituyó don Manuel Dávila Pumarejo con sus hermanos Francisco E. y Rómulo P. Dávila una sociedad de comuneros, conforme a la escritura pública 218 de 27 de septiembre de 1907, comunidad que se refería exclusivamente a las tierras de la Santísima Trinidad de Aracataca y la Concepción. Se admitió también en esa escritura como partícipe, al doctor Jacobo R. Méndez a quien se adjudicaron unas acciones en pago de sus labores en la constitución de la sociedad y otros servicios. Más tarde, por escritura pública número 226 de 25 de agosto de 1908, el doctor Méndez enajenó sus derechos en la comunidad a don Manuel Dávila Pumarejo".

"No ve el Tribunal la necesidad de entrar al estudio minucioso de cada uno de los títulos que figuran en el juicio y de los cuales creyó derivar don Manuel Dávila Pumarejo sus otros derechos en la comunidad, pues con el proveniente de don José María Díaz Granados, heredero éste legítimo de don Pedro, que compró la tercera parte de los terrenos a don Miguel García Munive, por medio del apoderado de éste don Manuel Abello, se obtiene la tradición del dominio sin solución de continuidad".

"Así pues, don Manuel Dávila Pumarejo continuador a título singular de don Miguel García

Munive, una de las personas a que se refiere la sentencia del Juez Letrado de Hacienda (15 de febrero de 1837), por sí y en representación de sus coparticipes en las tierras de la Santísima Trinidad de Aracataca, vendió a la Santa Marta Fruit Company el lote de terreno especificado en dicho instrumento. Ese lote es el mismo que se detalla en el punto "Primero" de las peticiones de la demanda".

"Este lote se da a conocer en la escritura Nº 25 de 22 de enero de 1910 (cuaderno Nº 10), así, en lo conducente: ".....una extensión de terreno que mide ocho mil hectáreas, situado dentro del globo de tierra ya dicho de la Santísima Trinidad de Aracataca y queda alinderado del modo siguiente, segun lo demuestra el plano que se acompaña: Partiendo del centro del puente del ferrocarril de Santa Marta, que está sobre el río Tucurinca, se sigue por la línea férrea, rumbo N. E..... hasta el punto en que el camino real de Valledupar cruza la línea férrea, punto en el cual se puso el mojón Nº 1. Siguiendo por el camino real, dirección N.O. primero y N. E después, se llega al mojón número dos (2) en el punto en que el camino real cruza otra vez la línea férrea..... Se sigue por el camino real de Valledupar, rumbo N. E. hasta llegar al mojón número 3 en dicho camino.... Del mojón número 3 parte otra línea recta en dirección 4º 30' S. E..... termina en la orilla del río Tucurinca, en el mojón Nº 13, el cual dista 687 metros del número 12. Del mojón número 13 se seguirá por la orilla del rio Tucurinca para abajo, hasta llegar a la confluencia de este rio con el rio Aracataca.... "Siguen algunos otros puntos de referencia en los que se mencionan, el río Aracataca y el camino real de Valledupar".

"En la cuarta cláusula de la escritura se consigna, a saber: "Que a la formación del lote enajenado concurren los comuneros a prorrata de las cuotas que cada uno de ellos tiene en la finca de la Santísima Trinidad..... y que en igual proporción se reparte entre los comuneros el precio recibido". En la cláusula séptima de la escritura se dijo: "Que el lote vendido se encuentra situado, como ya se ha dicho, dentro del globo de la "Santísima Trinidad de Aracataca", el cual tiene los siguientes linderos: partiendo del punto en que el camino real actual de Valledupar cruza el río de Sevilla, cerca del pueblo de Sevilla siguiendo el curso de este rio hasta su desembocadura en la Ciénaga grande de Santa Marta; desde este punto por la orilla de la Ciénaga grande hasta la desembocadura del rio Aracataca en la misma Ciénaga Grande; desde la desembocadura del rio Aracataca, siguiendo el curso de este rio aguas arriba, hasta encontrar el camino real de Valledupar, en el punto llamado "Paso Real" en el chorro o Playas Blancas, desde este punto en el rio Aracataca, siguiendo el camino real de Valledupar, hasta el punto en que este camino se encuentra con el rio de Sevilla, que es el primer punto de estos linderos".

"La Santa Marta Fruit Company, por escritura pública Nº 301 de 11 de septiembre de 1917 (cuaderno número 10), traspasó a la United Fruit Company el terreno que ella adquirió de los comuneros de la Santísima Trinidad de Aracataca, y por último, la Magdalena Fruit Company, por escritura pública número 182 de 13 de junio de 1934 (cuaderno Nº 7), compró a la United el mismo predio".

El numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia condena al demandante a pagar una multa de cien pesos ($ 100.00) moneda corriente al demandado, en aplicación del artículo 649 del Código Judicial. Esta sanción es fundada, pues el motivo que expone el Tribunal es inobjetable. Dice al respecto el Tribunal:

"En tiempo oportuno, antes de la citación para sentencia, el doctor Goenaga, de acuerdo con el precepto del artículo 649 del Código Judicial, redarguyó de falsos varios documentos que señala en el memorial de veintitres de mayo último (cuaderno Nº 13), por cuanto —dice— los registros de esos documentos (escrituras públicas) no existen legalmente en algunos casos, en otros no existen los libros de registros, y en otros, por fin, no fueron registrados en el libro del Municipio respectivo o en el libro exigido por la ley. Abierto el incidente a pruebas, de acuerdo con el inciso 2º del citado artículo 649 del Código Judicial, el doctor Lázaro Díaz Granados, apoderado de la empresa demandada, pidió que el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de San Juan de Córdoba, certificara "a cuál de los antiguos circuitos de Registro que hoy integran el Circuito de San Juan del Córdoba y que están registradas las escrituras vetadas por el doctor Goenaga, corresponden los libros y cuál es la mención legal de cada uno, con expresión del tomo, partida, folio

fecha, etc." Según certificado de fecha cinco de julio del año próximo pasado, suscrito por el Registrador del segundo Circuito de Ciénaga (cuaderno número 13, páginas 7 a 10) aparece con claridad que las escrituras redargüidas de falsas por el apoderado del demandante, se hallan legalmente registradas en los respectivos libros y Municipios, lo cual hace concluír que no son falsos los documentos tachados por el doctor Goenaga, y así se declara por el presente fallo".

Sentencia

A mérito de las consideraciones expuestas la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve así el recurso de apelación contra el fallo del Tribunal pronunciado en este negocio:

Confírmanse los numerales primero y cuarto de la parte resolutiva del referido fallo; y revócanse los numerales segundo y tercero.

En consecuencia la parte demandada queda absuelta de todos los cargos de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, e insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán Víctor Cock — Isaías Chaves — Arturo Tapias Pilonieta — Jorge García Merlano, Secretario.

CESANTIA DE LOS MIEMBROS DE PODER JUDICIAL

La Corte, de acuerdo con el artículo 6º de la Ley 22 de 1942 y con el concepto del señor Procurador Delegado, declara que "la cesantía es sólo para empleados que hayan quedado cesantes; quien acepte otro cargo dentro del mismo orden judicial no tiene derecho al auxilio de cesantía".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiseis de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Miguel Arteaga H.)

En nombre y representación del señor Alfonso Bonilla V. presentó el doctor Francisco González Torres ante el Tribunal Superior de Ibagué una demanda contra la Nación, representada por el señor Agente del Ministerio Público, para que con su citación y audiencia se declarara lo siguiente:

"1º Que el señor Alfonso Bonilla V., es acreedor de la Nación, con cargo a la Caja de Previsión Social de que trata la Ley 22 de 1942, por la suma de cuatrocientos cincuenta y ocho pesos con treinta y dos centavos M/C. ($ 458.32) valor de la cesantía correspondiente a cuatro años, seis meses, cuatro días de servicios prestados en los cargos dependientes del Organo Judicial, comprendidos entre el 1º de febrero de 1939 hasta el 4 de agosto de 1943, y

"2º Que en consecuencia la Nación, por intermedio de la Caja de Previsión Social, establecida en conformidad con la Ley 22 de 1942, debe pagar al señor Alfonso Bonilla V., la cantidad expresada, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia." (Fols. 27 y 28 del C. 1º)".

Los hechos en que se funda la demanda son estos:

"1º El señor Alfonso Bonilla V., por decreto de 1º de febrero de 1939 entró a prestar sus servicios al poder judicial; posesionándose el mismo día, con sueldo mensual de $ 60.00.

"2º Que el señor Bonilla fue trasladado a otros cargos dentro del Organo Judicial, sin solución de continuidad, ascendiendo y mejorando, hasta llegar a ocupar desde el 16 de abril de 1941 al 4 de agosto de 1943, el puesto de Oficial Mayor de la Sala Civil del Tribunal Superior, con un sueldo mensual de $ 120.00.

"3º Que el señor Bonilla, fue nombrado en el cargo de Relator-Archivero, puesto que desempeña desde el 5 de agosto de 1943, con un sueldo mensual de $ 100.00, es decir, con $ 20.00 menos que lo que devengara hasta el día 5 de agosto.

"Al señor Bonilla, si en verdad no se le despidió del Organo Judicial, sí, al menos, por la cuantía del sueldo se le degradó.

"4º El señor Bonilla, ha sido empleado correcto, competente, observador de buena conducta, y de él no tienen queja sus superiores ni extraños conforme se desprende de los certificados adjuntos.

"Los empleados del Organo Judicial tienen derecho al auxilio de cesantía, cuando se les designa para desempeñar puestos de inferior categoría, entendiéndose por tales, los de menor o inferior remuneración.

"Se entenderá que el empleado ha quedado cesante del cargo que venía desempeñando cuando al hacerse la elección por la autoridad competente no se le reelige, aunque se le señale o designe para otro puesto.

"Tendrá derecho al auxilio de cesantía, el empleado que no ha sido reelegido en el cargo que desempeñaba, auncuando se le designe para otro cargo, siempre que la remuneración asignada sea de menor cuantía de la que venía devengando. Cuando se le designa a otro puesto con igual o mayor remuneración, el trabajador ha quedado cesante de las funciones que venía prestando pero no tendrá derecho al auxilio, por así expresarlo la ley.

"La separación de la Oficialía Mayor de la Sala Civil del Tribunal, en manera alguna obedeció a voluntad del señor Bonilla; ella dependió del H. Tribunal Superior, libre en sus nombramientos y designaciones, sin que fuera motivada por incumplimiento de los deberes o mala conducta.

"Quien no acepta empleo de igual o mejor ca-

tegoría de sueldo igual o superior al que venía devengando, enseña la ley, no tiene derecho al auxilio de cesantía; luego, **a contrariu sensu,** quien se ve forzado a aceptar empleo de inferior categoría, con sueldo menor, tiene derecho a implorar el auxilio de cesantía, por cuanto, el parágrafo 2º del artículo 6º de la Ley 22, a más de no expresar y determinar como causal que inhiba a implorar el auxilio, el hecho de haber sido nombrado el empleado en otro puesto de inferior remuneración y haberlo aceptado, está indicando que, en tal evento, el auxilio procede y debe de decretarse, conforme a la interpretación integral del pensamiento del legislador.

"Artículos 6º, 7º, 8º, y ss., de la Ley 22 de 1942 y concordantes del Decreto 2840 de 1942". (Fols. 26 y 27 del C. 1º).

Admitida la demanda por auto del 6 de septiembre de 1944, el señor Fiscal la contestó manifestando que eran ciertos todos ellos, pero que no obstante se oponía a que se hicieran las declaraciones pedidas, por cuanto el señor Bonilla, no se encuentra jurídicamente respaldado por la Ley 22 de 1942.

El Tribunal dictó sentencia con fecha 25 de octubre de 1944, que dice en su parte resolutiva: "En fuerza de las consideraciones anteriores, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y acorde con el parecer del señor Fiscal de la Corporación, NIEGA las peticiones de la demanda sobre reconocimiento del derecho de auxilio de cesantía, hechas por el señor Alfonso Bonilla V." (fol. 42 del C. 1º).

El apoderado del demandante interpuso apelación, que le fue concedida.

Ante la Corte presentó alegato únicamente el señor Procurador Delegado en lo Civil, en el cual solicita que la sentencia se confirme.

Como ha llegado la oportunidad de fallar, a ello se procede, para lo cual se considera:

La demanda se funda en lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 22 de 1942, que dice: "Los empleados principales o subalternos del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que hayan prestado, cuando cesaren en el ejercicio de sus funciones".

El artículo 7º de la misma ley, establece.

"Los empleados que, según el artículo anterior, tengan derecho a la cesantía, deberán acreditar, además de su carácter de tales, el tiempo que hubieren trabajado sin interrupción en el empleo que dejaron, que no se separaron del cargo en ninguna de las condiciones de que trata la disposición anterior, su buena conducta, el cumplimiento de sus deberes legales, y que no han sido condenados por delito alguno, ni quebrantado la prohibición consignada en el artículo 18 del Código Judicial sobre intervención en la política".

En el presente caso, conforme aparece de las pruebas presentadas, y lo reconocen el Fiscal del Tribunal, la sentencia apelada y el señor Procurador Delegado, los fundamentos de hecho se hallan plenamente comprobados, y sobre el particular no ha habido discrepancia.

Establecido se encuentra que desde el 1º de febrero de 1939 el señor Bonilla V. entró al servicio del poder judicial, y que el 4 de agosto de 1943 desempeñaba el puesto de Oficial Mayor de la Sala Civil del Tribunal Superior de Ibagué con un sueldo mensual de $ 120.00.

Fue entonces cuando al señor Bonilla se le nombró Relator-Archivero del mismo Tribunal, con un sueldo mensual de $ 100.00, puesto que aceptó y entró a desempeñar desde el 5 del mismo mes de agosto.

Dice el demandante que como el puesto de Relator es inferior al de Oficial Mayor, por tener menor sueldo, según el criterio establecido en el artículo 19 del Decreto Nº 2840 de 1942, y que como él aceptó dicho puesto, ha venido a tener derecho a la cesantía conforme lo establece el ordinal c) del parágrafo 2º del artículo 6º de la Ley 22 citada, que dice: "Parágrafo 2º: Para los efectos de esta disposición, se entiende que no habrá lugar al derecho de cesantía en los siguientes casos..... c) Cuando no aceptare empleo de igual o mejor categoría para el cual fue designado al vencerse el período si éste fuere fijo, o en cualquier circunstancia si no tuviere tal período fijo".

De ahí concluye el demandante que como el puesto de Oficial Mayor que él desempeñaba no tenía período fijo, si al que lo desempeñaba en un Tribunal se le nombrare para un puesto inferior y el nombrado acepta, no quede comprendido dentro del ordinal c) transcrito y por tanto el empleado tiene derecho a cesantía.

El asunto ha sido ampliamente examinado por varios funcionarios con ocasión de la solicitud del señor Bonilla, conforme pasa a exponerse:

Empezó el actual demandante por ejercitar la

acción administrativa para que se decretara en su favor la cesantía, en conformidad con el artículo 11 de la Ley 22 de 1942.

El Gobernador del Tolima así lo decretó en Resolución Nº 143 del 12 de mayo de 1944, pero consultada dicha Resolución, el Ministerio de Gobierno en providencia del 6 de junio del mismo año, declaró lo siguiente: "NIEGASE la aprobación a la anterior Resolución por haber sido dictada con base en una interpretación que este Ministerio considera errada. El ordinal c) del Parágrafo 2º (artículo 6º de la Ley 22 de 1942), está entre las causales que privan al empleado del derecho a reclamar cesantía. Este ordinal hace la distinción entre empleados que tienen período fijo y empleados que no lo tienen; los primeros, que son los enumerados en los artículos 144 de la Constitución y 95 y 108 del Código Judicial, pierden el derecho a la cesantía sólo cuando fueren reintegrados a un puesto de igual o mejor categoría; los segundos cuando no aceptaren empleo "en cualquier circunstancia" que se les ofrezca..... Si se hiciere un reconocimiento como el que estamos considerando sentaría un funesto precedente de que un empleado podría hacerse pasar a un puesto de inferior categoría y cobrar una halagadora cesantía. En tales condiciones la Institución contrariaría en gran parte el fin social que se le ha asignado. Creándole a la Caja esas fáciles erogaciones se ponen en peligro las prestaciones de los que sí tienen un claro e indiscutible derecho. **El Ministro de Gobierno,** (Fdo.), **Alberto Lleras — El Secretario General, Enrique Acero Pimentel".** (Fls. 19 y 19v del C. 1º).

El Tribunal, en la sentencia apelada considera que la interpretación del demandante cabría en el caso "de que el ordinal c) del Parágrafo 2º del artículo 6º de la Ley 22 de 1942 no hubiera hecho una marcada distinción entre empleados que tienen período fijo, como los Magistrados, los Jueces y los Fiscales, según la Constitución y la ley, y empleados que no tienen tal período fijo, como los subalternos respectivos, de aquéllos. En efecto, para los primeros estatuye, categóricamente, que no habrá lugar al derecho de cesantía, cuando no aceptaren empleo de igual o mejor categoría, esto es, de sueldo igual o superior, y para los segundos también dispone, de modo rotundo, que no habrá cesantía, EN CUALQUIER CIRCUNSTANCIA, lo que para el Tribunal quiere expresar, que el empleado sin período fijo únicamente tiene derecho —cuando queda cesante, pero que la pierde en los demás casos a saber: **si no acepta empleo de igual o mejor categoría,** o **si no acepta empleo de inferior categoría.**

"En el orden de ideas últimamente expresado no cabe argumentar que si el empleado sin período fijo acepta un empleo de inferior categoría, entonces sí tiene derecho a reclamar cesantía, porque tal supuesto no es causal que la ley la haya establecido para no poderse reclamar ese derecho. A ello habrá que responder que si lo que el ordinal c) del Parágrafo 2º del artículo 6º de la Ley 22 de 1942 lo que ha querido, según se vió es negar a los empleados sin período fijo la cesantía, aún en el caso de que no acepten empleo de inferior categoría, entonces es lógico deducir que con mayor razón querrá negarla en la hipótesis de que sí acepten dicho empleo, porque quien quiere lo más quiere lo menos, y porque con la aceptación no habrá entonces solución de continuidad en el ejercicio de las funciones de empleado, auncuando las de uno y otro cargo sean de índole diversa.

"Llega el Tribunal a pensar que la al parecer injusta distinción entre empleados con período fijo y empleados que no tienen período fijo, establecida por el ordinal c) mencionado, encuentra por el aspecto económico y financiero de la Caja de Previsión Social, la humana consideración de evitar la quiebra de la misma, en presencia de los continuos e injustificados cambios de empleados subalternos, al comenzar los respectivos períodos judiciales". (Fls. 41 y 41v del C. 1º).

El señor Procurador Delegado dice al efecto ante la Corte: "No puede afirmarse que puesto que la ley no concede la cesantía cuando **no se acepta** cualquier cargo —para empleados sin término fijo— deba estimarse que sí la concede cuando **sí se aceptan** cargos de inferior categoría, pues lo que la ley ha querido es negar la cesantía, a tales empleados, aún en el caso de que no acepten cargos inferiores, y es lógico concluir que deba negarla cuando sí se acepta cualquier cargo porque quien quiere lo más quiere lo menos, y porque con la aceptación no habrá entonces solución de continuidad en el ejercicio de las funciones de empleado, auncuando las de uno y otro cargo sean de índole diversa.

"La Procuraduría cree que el Tribunal tiene razón en parte, pero que su punto de vista puede generalizarse aún más. **El auxilio de cesantía**

se concede solamente a los empleados que han quedado cesantes, sin haberlo hecho voluntariamente. Sólo se concede la cesantía al funcionario que queda sin puesto. Este principio es general: se aplica tanto a los empleados que tienen término fijo como a los empleados que no tienen tal término fijo.

"La excepción del Parágrafo 2º (numeral c) del artículo 6º de la Ley 22 de 1942, viene en seguida a establecer que los funcionarios **de término fijo** no tendrán tampoco derecho a la cesantía, auncuando queden cesantes, si no hubieren aceptado un cargo igual o superior que se les hubiere ofrecido; y que los funcionarios **sin término fijo** tampoco tendrán cesantía aunque queden cesantes si no aceptaren cualquier cargo que se les ofreciere.

"Así, pues, **el empleado que aceptare otro cargo no tendrá derecho a cesantía jamás.** Si hubiere tenido término fijo, porque la excepción del ordinal c) del Parágrafo 2º del artículo 6º se refiere precisamente al caso contrario, es decir, para el caso de que **no acepte** otro cargo (igual o superior). Si no tuviere término fijo, por la misma razón, es decir, porque la excepción del ordinal c) citado se refiere al caso de que **no acepte** este funcionario cualquier empleo que se le ofreciere.

"Se repite: la cesantía es sólo para empleados que hayan quedado cesantes; quien acepte otro cargo, no tiene derecho al auxilio de cesantía.

"Confirma esta afirmación el artículo 6º de la Ley 22 de 1942, que dice: 'Los empleados principales o subalternos del Organo Judicial, del Ministerio Público, y de lo Contencioso Administrativo, tendrán derecho a un auxilio de cesantía, equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que hayan prestado, **cuando cesaren en el ejercicio de sus funciones".** Lo cual significa que si el empleado **no cesa** en el ejercicio de sus funciones no tiene derecho al auxilio de cesantía. Y se entiende que no cesa en sus funciones cuando ejerce otro cargo dentro del Organo Judicial, el Ministerio Público o lo Contencioso Administrativo, pues cada una de estas entidades tiene cierta unidad y autonomía, para los efectos de esta ley, lo que queda comprobado con la posibilidad de acumular distintos cargos, dentro de tales entidades, para completar los años requeridos para demandar determinados auxilios establecidos en la misma Ley 22 de 1942.

"De este modo, es necesario concluír que el señor Bonilla V. no tiene derecho al auxilio de cesantía por la simple razón de que no quedó cesante. No quedando cesante, no es aplicable el artículo 6º de la citada Ley 22". (Fls. 6, 7 y 8 del C. Nº 2).

Se han transcrito las varias razones expuestas, para reunir en el presente fallo valiosas consideraciones relacionadas con la interpretación de los artículos 6º y siguientes de la Ley 22 de 1942.

Para la Sala, y en vista de lo que establece el artículo 6º citado, la siguiente conclusión del señor Procurador Delegado, es inobjetable: "La cesantía es sólo para empleados que hayan quedado cesantes; quien acepte otro cargo, no tiene derecho al auxilio de cesantía."

En el caso del litigio el demandante señor Bonilla V. aceptó el cargo de Relator-Archivero del Tribunal de Ibagué, es decir, no quedó por el momento cesante: luego carece de derecho para exigir por ahora el auxilio de cesantía, por el hecho manifiesto de no haber quedado cesante.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, confirma la providencia apelada proferida en este litigio por el Tribunal Superior de Ibagué, con fecha veinticinco (25) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944).

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Isaías Chaves—Arturo Tapias Pilonieta—Jorge García Merlano, Srio.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA CONTRACTUAL

1.—El artículo 2358 del Código Civil se refiere a un caso de culpa extracontractual y no al propio de la culpa contractual, cuyos términos de prescripción liberatoria están llamados a ser regidos por las disposiciones legales propias de la reglamentación contractual misma. En el caso de autos las disposiciones aplicables son las del contrato de transportes, conforme al artículo 322 del Código de Comercio, y, por tanto, no le es aplicable la disposición del artículo 2358 del Código Civil.

2.—Según lo tiene admitido la Corte en reiterada jurisprudencia, en casos de la naturaleza del que se contempla en el fallo, no existe posibilidad de avaluar pecuniariamente por peritos el daño moral subjetivo y en cambio hay lugar a aplicar el criterio contenido en el artículo 95 del Código Penal sobre fijación prudencial por el Juez de la indemnización correspondiente al perjuicio moral hasta una suma que no pase de dos mil pesos para cada uno de los ofendidos.

3.—Habiendo pedido el actor la reparación del daño para la sucesión o para los herederos de la víctima del accidente es obvio que tal petición no puede prosperar, ya que la indemnización en casos de esta naturaleza no corresponde a una concepción de bienes o derechos dejados por la persona muerta a sus herederos, y en calidad de parte integrante del patrimonio de aquella, sino a derechos nacidos directamente a favor de personas sobrevivientes radicadas en cabeza propia de éstas y sin la intervención necesaria de la noción jurídica de herencia.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo dieciseis de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Víctor Cock)

El doctor Francisco José Ocampo en su calidad de curador **ad-litem** de los menores adultos María Aurora, Tomás Emilio, Ana Jesús y José Libardo García, con fecha 26 de octubre de 1940, y ante el Tribunal Superior de Manizales, presentó demanda ordinaria dirigida contra el Departamento de Caldas sobre indemnización de perjuicios.

Solicitó el demandante en la parte petitoria de su libelo el que el Departamento fuera condenado "a pagar a la sucesión o herederos del señor Luis M. García, representado por mis pupilos, como hijos legítimos del extinto, y a título de indemnización de perjuicios, la cantidad que en el curso del juicio se demuestre por medio de peritos, que valen los daños causados por la muerte trágica de su padre y causante, señor Luis M. García, fallecido en el siniestro del cable aéreo del Norte el día 9 de mayo de 1937, en las inmediaciones de Aranzazu, mientras viajaba en una vagoneta de esa Empresa.

"En subsidio, solicito que se condene al Departamento demandado a pagar a mis mandantes y pupilos García B., para ellos y para sus hermanos menores Aura Rosa y Luis Eduardo García, en la misma forma de la petición principal".

Como hechos fundamentales de la demanda adujo el demandante los siguientes:

"Primero. El día nueve de mayo de 1937, en las horas del mediodía, tomaron pasaje en la población de Aranzazu para el cable aéreo del Norte, entre esa estación y la Estación de Muelas, los señores Luis M. García, Elías Urrea, José Eudoro Vásquez y José Abel Cardona, quienes viajaron juntos en la misma vagoneta de pasajeros.

"Segundo. La vagoneta en que viajaban los cuatro pasajeros nombrados salió normalmente de la Estación de Aranzazu y así marchaba en dirección a Muelas, cuando pocos momentos después una góndola o vagoneta de carga, despedida mal e imprudentemente de la Estación de Aranzazu, se deslizó por la pendiente que allí existe y alcanzó el carro de pasajeros a unos dos o trescientos metros, porduciéndose un violento choque, a consecuencia del cual se fueron ambos carros a tierra, desde una altura de más de cincuenta metros, causando la muerte trágica de los cuatro desprevenidos pasajeros, señores García, Urrea, Vásquez y Cardona.

"Tercero. El terrible siniestro en que perecieron los cuatro ciudadanos citados, se debió a un descuido, culpa e imprudencia de los empleados de la Empresa del Cable del Norte, porque de acuerdo con la técnica y necesidades del servicio del cable, en cada estación deben existir permanentemente y mientras funciona la aerovía, dos empleados despachadores constantes, uno encargado de recibir las vagonetas que llegan y otro encargado de despachar las que salen, porque las entradas y salidas tienen apenas solución de continuidad de segundos. En el momento de suceder este lamentable accidente, en la Estación del cable de Aranzazu no había sino un empleado carrero despachador, porque el otro encargado del mismo puesto se había ausentado dizque a tomar el almuerzo, por cuya causa la vagoneta de carga que chocó con la góndola de pasajeros y la derribó a tierra desde grande altura, fue despedida por el empleado sin cuidado, a la ventura, no enganchó bien en el cable y se deslizó vertiginosamente por la pendiente que allí existe, chocando con la vagoneta de pasajeros que iba adelante, produciéndose la catástrofe.

"Cuarto. El señor Luis M. García que pereció en el siniestro, fue casado legítimamente con la señora Ana Felisa Betancur, quien falleció en Aranzazu el 28 de mayo de 1933, y en su matrimonio procrearon como sus hijos legítimos, entre otros, a mis pupilos María Aurora, Tomás Emilio, Ana Jesús y José Libardo García B.

"Quinto. Por muerte de sus padres, los menores adultos mis pupilos citados, se vieron en la necesidad de conseguir que el señor Juez del Circuito de Salamina les nombrara curador **ad-litem** para cobrar al Departamento de Caldas la indemnización a que tienen derecho por la muerte trágica de su padre, y el juzgado me designó a mí, por nombramiento que en mí hicieron los menores adultos.

"Sexto. La Empresa del cable aéreo del Norte es de propiedad del Departamento de Caldas, sección de la República de Colombia, quien administraba y explotaba esa empresa en el momento del siniestro.

"Séptimo. La Empresa del cable aéreo del Norte, y su dueño el Departamento de Caldas, es responsable del siniestro, por virtud de las leyes sobre seguridad social y las que regulan las empresas de transportes, y además porque no obstante lo peligroso de este sistema de vías no puso por medio de sus empleados toda la diligencia, cuidado y actividad que se requería para prevenir el accidente del nueve de mayo de 1937, sino que por el contrario, obró con negligencia, imprudencia y descuido, por cuya causa se produjo el terrible y lamentado siniestro en que perdieron la vida cuatro distinguidos ciudadanos, causándose a sus familiares, especialmente a los deudos de García, todos hijos menores, ingentes perjuicios morales y materiales que deben ser reparados justa y legalmente".

Expresó además el demandante apoyar su demanda en las disposiciones de los artículos 2341, 2349 y concordantes del C. C., artículo 5º de la Ley 62 de 1887, artículo 26 de la Ley 76 de 1920 y concordantes, artículo 322 y concordantes del C. de C. y Ley 52 de 1919.

Admitida la demanda por el Tribunal del conocimiento, en auto de cuatro de noviembre de 1940, le fue notificada al señor Fiscal del Tribunal en representación del Departamento demandado, el día 6 del expresado mes de noviembre, funcionario que hubo de contestarla en escrito de 29 de ese mismo mes.

En dicha contestación, el personero del Departamento manifestó, en general, ignorar los hechos en los cuales la demanda se fundamenta y terminó luégo así:

"Propongo desde ahora como excepciones perentorias:

"1º. Prescripción.

"2º 'Todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de una obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió'."

Surtidos los trámites de la primera instancia finalizó ésta con la sentencia de 12 de noviembre de 1942, en la cual el Tribunal sentenciador, después de hacer algunas consideraciones acerca de las comprobaciones traídas al proceso, hubo de absolver al Departamento demandado.

Interpuso recurso de apelación la parte demandante contra la sentencia referida y acerca de ella conoce la Corte en segunda instancia. En ésta adujo pruebas en la debida oportunidad la parte apelante y ambas partes presentaron alegatos de conclusión.

Cumple observar, ante todo, que en la presente instancia, habiendo sido representado el Departamento por el señor Procurador Delegado en lo Civil, dicho representante en su alegato de fecha 13 de diciembre de 1943, manifestó lo que a continuación se copia:

"En virtud de la apelación interpuesta por el

demandado subió el negocio a la H. Sala en donde, después de recibir el recurso adecuado, se dispuso pasarlo a este despacho para el alegato de conclusión.

"Dice el artículo 2358 del C. C.:

'Las acciones para la reparación del daño provenientes de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

'Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto'.

"Como se evidente que las entidades de derecho público no pueden ser penalmente acusables, las reparaciones de perjuicios por culpa, a que ellas puedan estar obligadas, quedan sometidas a lo dispuesto en la segunda parte del artículo que transcribo, es decir, a la prescripción de corto tiempo allí señalada.

"Ya se dijo que el accidente o siniestro ocurrido (sic), según la demanda, el día 9 de mayo de 1937. La demanda tiene fecha 26 de octubre de 1940, lo cual quiere decir que fue presentada tres años, cinco meses, después del acto o hecho que dió lugar al pretendido perjuicio.

"En tal virtud, no hay lugar al estudio de fondo en este asunto, sino que debe declararse comprobada la prescripción, que, como ya se dijo, fue propuesta por el departamento desde la contestación de la demanda".

Planteado así el debate, en definitiva, por la parte demandada, es el caso de entrar a estudiar en primer término el problema jurídico de la prescripción extintiva de la acción por aquella parte alegada.

El artículo 2358 del Código Civil invocado en pro de la tesis de la prescripción extintiva de la acción por el señor Procurador Delegado es una disposición legal que forma parte integrante del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, que lleva por denominación "Responsabilidad común por los delitos y las culpas".

De donde se colige, así como de los términos mismos del contenido de tal disposición legal, que se refiere él a un caso de culpa extracontractual y no al propio de la culpa contractual, cuyos términos de prescripción liberatoria están llamados a ser regidos por las disposiciones legales propias de la reglamentación contractual misma.

Se trata, en efecto, del contrato de transporte en un caso en el cual el Departamento propietario del cable aéreo tiene la calidad de transportador de pasajeros, y era pasajero, según aparece de manera incontrovertible de los autos, el señor García en el momento en que hubo de perecer por el accidente aquí mencionado.

En armonía con lo establecido en el artículo 322 del Código de Comercio, constituye obligación a cargo del empresario público de transportes la de indemnizar "a los pasajeros el daño que sufrieren en sus personas, por vicio del carruaje, por su culpa, la de los conductores o postillones", disposición leval ésta aplicable por consiguiente, al caso de la presente litis.

Figura en autos prueba superabundante de la ocurrencia del accidente en el cual perdió la vida el señor Luis M. García, en el Municipio de Aranzazu el día 9 de mayo de 1937, prueba consistente en declaraciones de testigos y en otras de orden vario (Véase fls. 8 y siguientes del Cuaderno de pruebas del demandante).

El hecho en sí de la muerte en tal accidente del expresado García, consta en la diligencia de autopsia que fue practicada por funcionarios competentes (fls. 9v y 10 Cuaderno de pruebas del demandante); en el acta del levantamiento del cadáver (fl. 10 Cuaderno de pruebas del demandante) y en las propias partidas notarial y eclesiástica de defunción (fls. 3 y 5 del Cuaderno Nº 1º).

De otro lado está comprobado el parentesco que ligaba a la parte demandante con el occiso señor García, pues se trata de sus hijos legítimos según partidas de origen eclesiástico (fls. 4, 6 y 7 del Cuaderno Nº 1º). Igualmente consta que el doctor Francisco José Ocampo fue designado curador **ad-litem** para este juicio, según comprobantes que obran en el proceso, por lo cual aparece haber estado investido de la representación de las personas perjudicadas que han reclamado indemnización.

Por lo que respecta a la cuantía de ésta aparece de las pruebas de la parte demandante, levantadas en la primera instancia (fls. 16 y 17), que el valor de los perjuicios morales y materiales sufridos por dicha parte demandante fue fijado, por peritos, en la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00).

Los peritos dictaminaron así:

Dictamen Pericial:

"Señor Magistrado doctor Garrido. — E. S. D. —Los suscritos peritos, nombrados por las partes, en el ordinario que en su despacho cursa en contra del Departamento de Caldas, establecido por el curador ad-litem de los menores María Aurora, Tomás Emilio, Ana Jesús y José Libardo García, por indemniación de perjuicios debido a la muerte de su padre señor Luis M. García en el cable aéreo del Norte, el día nueve (9) de mayo de 1937, entre las estaciones de Aranzazu y Muelas, rendimos nuestro dictamen en la siguiente forma:

"Avaluamos los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes por la muerte de su padre señor Luis M. García en el siniestro del Cable Aéreo del Norte hecho ocurrido el día nueve de mayo de 1937, en la suma total de tres mil pesos m. cte. ($ 3.000.00).

"Para llegar al anterior avalúo pericial, hemos tenido en cuenta, los siguientes hechos:

"a) El señor Luis M. García a la época del accidente tenía una edad aproximada de sesenta (60) años, y estaba en buenas condiciones de salud; y hubiera podido vivir diez (10) años más;

"b) El señor Luis M. García devengaba a la época del accidente, un salario de sesenta centavos diarios ($ 0.60), no tenía bienes patrimoniales propios, y era de humilde extracción social;

"c) A la época del accidente, el señor Luis M. García, sostenía una familia de seis personas, todos menores de edad, y algunos impúberes; quienes quedaron sin sostén económico y espiritual directo, de ninguna clase.

"El primer punto se prueba con el dictamen pericial que rindieron los doctores Ricardo Mejía Jaramillo y Pedro Emilio Montoya, que obran en el cuaderno de pruebas del demandante y al folio 8, del cuaderno número uno.

"El segundo punto lo hemos deducido de las declaraciones de Jesús Antonio Soto, Jesús Duque M. y otros, que fueron aportadas por el Departamento; además con el personal conocimiento que tenemos los peritos sobre los jornales que devengan nuestros campesinos y trabajadores de las obras públicas y particulares, reforzado con los datos obtenidos por la Contraloría General de la Nación y que figuran en el libro llamado Geografía Económica de Caldas.

"Como según los médicos, el señor Luis M. García hubiera podido vivir diez (10) años más y según los declarantes devengaba un jornal diario de sesenta centavos ($ 0.60) m. cte. y habría podido disponer por lo menos de las dos terceras partes del mismo para el sostenimiento de sus hijos o familia, hemos optado por hacer el siguiente cálculo: Multiplicamos el salario líquido por los días hábiles que tienen los diez años de posible supervivencia, esto es, sin contar los domingos, nos da que el factor tiempo es de tres mil ochenta (3.080) días, los cuales multiplicados por el salario, o sea por cuarenta centavos ($ 0.40), nos da un resultado de mil doscientos treinta y dos pesos m. cte. ($ 1.232) que propiamente hablando, pueden ser los perjuicios estrictamente materiales.

"El punto c) se nos ha demostrado con las partidas de nacimiento de los reclamantes que se aportaron con la demanda, y con las declaraciones llevadas al expediente por ambas partes litigantes, que pueden verse para que se constate el estado de miseria y soledad en que ellos quedaron, después de la muerte de su progenitor.

"Teniendo en cuenta las razones expuestas, y los fallos de la H. Corte Suprema de Justicia ha dado sobre la culpa extracontractual en la cual hoy avalúanse perjuicios de orden moral, y en vista de que la demanda versa sobre ambas, y además, los peritos estamos para avaluar perjuicios tanto materiales como morales, estimamos que estos últimos ascienden a la cantidad de mil setecientos sesenta y ocho pesos m. cte. ($ 1.768).

"Advertimos al señor Magistrado con todo respeto, que hay una relación íntima entre las dos cantidades expuestas anteriormente, ya que ellas son meros factores numéricos de relación, deducidos teniendo en cuenta que el presente dictamen es el fruto de múltiples y diferentes apreciaciones de dos personas que al fin se han puesto de acuerdo para avaluar perjuicios y determinarlos en una suma total, ya sean materiales y morales, sufridos por los demandantes en el presente caso, suma esta que estimamos en una cantidad total de tres mil pesos m. cte. ($ 3.000).

"Señor Magistrado — Manizales, octubre 23 de 1941 — (Fdos.), **Eduardo Arango Castaño, Luis F. Giraldo**".....

Como aparece de la transcripción que precede, los peritos avaluaron no sólo los perjuicios materiales sino también los morales.

Fijan los perjuicios materiales en la cantidad de mil doscientos treinta y dos pesos ($ 1.232) y

los morales en la de mil setecientos sesenta y ocho pesos ($ 1.768.00), habiendo deducido dichos peritos en todo evento un monto general de tres mil pesos ($ 3.000.00) para los efectos de la indemnización.

Este dictamen pericial fue puesto oportunamente en conocimiento de las partes, sin objeción de ellas. Habrá de observarse no obstante por la Corte que, según lo tiene admitido esta superioridad en reiterada jurisprudencia, en casos de la naturaleza del que se contempla en el presente fallo, no existe posibilidad de avaluar pecuniariamente por peritos el daño moral subjetivo y que en cambio hay lugar a aplicar el criterio contenido en el artículo 95 del Código Penal sobre fijación prudencial por el Juez de la indemnización correspondiente al perjuicio moral hasta una suma que no pase de dos mil pesos para cada uno de los ofendidos.

Como bien se comprende, la apreciación hecha por los peritos acerca del valor de los perjuicios morales en manera alguna excede, ni alcanza siquiera al límite máximo de los dos mil pesos mencionados.

No obstante, cree la Corte que hay lugar a aceptar una cantidad, en concepto de perjuicios morales, que no exceda de la fijada por los peritos; y, computado también el avalúo que fue hecho de los perjuicios materiales, que no exceda en todo caso y en total de la cantidad de tres mil pesos ($ 3.000.00), ya que el representante de la parte demandante, es decir, el señor curador **ad-litem** limita para sus pupilos, a esta cantidad su petición, en los siguientes términos que aparecen del alegato presentado en la primera instancia:

"Por estas razones me abstengo de otras consideraciones y termino solicitando una sentencia consonante con las peticiones de la demanda y con el avalúo pericial, que auncuando demasiado bajo y minúsculo para el gran daño causado, compensa en algo la inmensa pérdida experimentada por mis pupilos, los menores García, que no tienen hoy ninguna persona que vele por ellos". (fl. 19v. del Cuaderno Nº 1º).

Según aparece de las transcripciones antes hechas de la parte petitoria de la demanda, el demandante pidió para la sucesión o para los herederos, de la víctima del accidente señor Luis M. García.

Es obvio que tal petición no puede prosperar, ya que la indemnización en casos de esta naturaleza no corresponde a una concepción de bienes o derechos dejados por la persona muerta a sus herederos, y en calidad de parte integrante del patrimonio de aquélla, sino a derechos nacidos directamente a favor de personas sobrevivientes radicados en cabeza propia de éstos y sin la intervención necesaria de la noción jurídica de herencia.

En cambio, como la demanda contiene una petición subsidiaria en la cual se pide por el curador **ad-litem** de los entonces menores adultos María Aurora, Tomás Emilio, Ana Jesús y José Libardo García y también para los hermanos menores de los mencionados, impúberes en aquella época, Aura Rosa y Luis Eduardo García, resulta de allí que el reconocimiento respectivo de la presente sentencia ha de hacerse sólo a favor de los pupilos del demandante doctor Ocampo, mas no a favor de los impúberes en realidad no representados legalmente en este juicio por aquél.

Teniendo en cuenta, por otra parte, que este fallo no está llamado a afectar los intereses de los mencionados Aura Rosa y Luis Eduardo García, por no estar representados en el juicio, habrá lugar a hacer expresa declaración en la parte resolutiva de la sentencia que queda a salvo el derecho de dichos menores para el efecto de que puedan entablar, en su interés personal, la correspondiente acción.

Se observa para terminar esta providencia que en el proceso, consta, mediante la presentación que fue hecha de la correspondiente Ordenanza Departamental (Nº 11 de 1924), que el cable aéreo en el cual ocurrió el accidente es una empresa de propiedad del Departamento de Caldas; y que, por consiguiente, es el expresado Departamento el llamado a responder de la correspondiente acción sobre indemnización de perjuicios, de manera que a su cargo debe librarse la condenación del presente fallo.

En razón de lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1º Revócase la sentencia de 12 de noviembre de 1942, proferida en este asunto por el Tribunal Superior de Manizales;

2º Se niega la petición principal de la demanda de 26 de octubre de 1940;

3º Se declara no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada;

4º Condénase al Departamento de Caldas a pagar a María Aurora, Tomás Emilio, Ana Jesús y José Libardo García, a título de indemnización de perjuicios materiales la cantidad de mil doscientos treinta y dos pesos ($ 1.232.00) en conjunto. Y a título de indemnización de perjuicios morales la cantidad, también en conjunto, de mil setecientos sesenta y ocho pesos ($ 1.768.00). Estos pagos se harán como indemnización por la muerte trágica de su padre Luis M. García, ocurrida en el siniestro del Cable Aéreo del Norte el día 9 de mayo de 1937, en el Municipio de Aranzazu;

5º Se absuelve al Departamento de los demás cargos formulados en la demanda;

6º Esta sentencia no afecta los intereses y derechos de los menores Aura Rosa, y Luis Eduardo García cuya acción expresamente se deja a salvo;

7º No hay lugar a condenación en costas.

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

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Chaves — Víctor Cock — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido. Secretario en propiedad.

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRELES NACIONALES

1.—El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, primero por la Ley 29 de 1931 y luégo por los decretos legislativos que restauraron esta entidad, tiene doble poder: es delegatario de la Administración de los ferrocarriles de propiedad nacional y sus anexidades y mandatario judicial en todo asunto que se relacione con esa administración. Y desde que se reconozca la existencia de este poder general para bienes especiales, comprende así bienes raíces como bienes muebles, pues el poder no ha excluído los segundos. De consiguiente es inaceptable excluírlos alegando que las facultades administrativas no implican capacidad de enajenarlos, porque la representación judicial que tiene el Consejo no dimana de que es administrador, sino de facultades expresas al respecto conferidas en mandatos legales. Es sabido que el mandatario judicial posee implícita en el juicio la potestad de comprometer al mandante, ya se trate de bienes muebles o de inmuebles.

2.—Aun cuando el Decreto Nº 1420 de 17 de julio de 1943 recortó la autonomía y personalidad del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, tal como las concibió la Ley 29 de 1931, el Decreto Nº 1842 de 1943 estableció en su artículo 1º la representación por el Administrador General, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los Ferrocarriles Nacionales y cables aéreos, ante toda clase de autoridades y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas de todos los privilegios concedidos a la Nación. Lo mismo estableció el Decreto Nº 2645 de 30 de diciembre de 1943.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veintidos de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En libelo promovido ante el Tribunal Superior de Pereira, las señoras María Ramírez v. de Suárez y la señorita Elisa Suárez Ramírez, mayores y vecinas de Armenia (Caldas) ambas en su propio nombre, y la primera además como representante de sus hijos menores Silvia, Luz, Jaime y Augusto Suárez Ramírez, sobre quienes ejerce la patria potestad, demandaron a la Nación para en su carácter de dueña del Ferrocarril del Pacífico, se hagan las declaraciones allí contenidas, relativas a un globo de tierra que se halla ocupado para el servicio del mismo ferrocarril.

Adelantándose el juicio en la primera instancia por todos sus trámites, con audiencia del señor Fiscal del Tribunal, quien contradijo la demanda y adujo pruebas en nombre de la Nación demandada, cuando se le corrió el traslado, para alegar este funcionario provocó un incidente de nulidad consistente en el hecho de haberse demandado la nación representada por el Fiscal, siendo así que el juicio ha debido seguirse con el Administrador del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, por referirse a una cuestión de incumbencia de dicha entidad.

El Tribunal admitió el incidente y lo falló en auto de 27 de mayo de 1942. Declaró la nulidad, y como consecuencia dispuso notificársela al Administrador General de los Ferrocarriles, quien no la allanó.

Por tal motivo el Tribunal en auto de 15 de marzo del año pasado declaró nulo todo lo actuado en el juicio, e hizo la correspondiente condenación en costas. Este auto es el que ha venido en apelación interpuesta por la parte demandante.

Para resolver se considera:

Ciertamente conforme lo dice el Tribunal en las resoluciones por medio de las cuales declaró la nulidad de lo actuado, esta Sala interpretando las disposiciones pertinentes de la Ley 29 de 1931, que establecieron la entidad llamada Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, sentó la doctrina de que por tratarse de una persona jurídica encargada de la gestión de todo lo atañadero a los ferrocarriles de propiedad nacional, los juicios seguidos contra la Nación provenientes de acciones vinculadas a los bienes gerenciados por el Consejo, debían sustanciarse con audiencia del administrador general, y si así no se había hecho, y el proceso se había

adelantado oyendo al Fiscal, se originaba nulidad adjetiva por ilegitimidad de la personería.

Al sentar la Sala de Negocios Generales en sucesivas providencias de los años de 1940 y 1941 la doctrina de que se trata, contempló desde entonces la objeción constitucional que se formulaba consistente en que de acuerdo con el artículo 139 de la carta la Nación nunca podía estar representada por funcionarios distintos de los Agentes del Ministerio Público en lo tocante a la defensa de sus intereses patrimoniales en juicio, por lo cual la personería adjetiva en las controversias judiciales que se suscitaran sobre los bienes administrados por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, que son bienes nacionales, no podía llevarla el Administrador del Consejo, sino solamente el Ministerio Público.

Pero a esta objeción se opuso el argumento de que el artículo 139 no tiene el carácter de excluyente, cuando dispone que "corresponde al Ministerio Público defender los intereses de la Nación"; pues este mandato tiene apenas el alcance de indicar el campo funcional primordial en que se debe ejercitar la actividad de tal organismo, sin que ello quiera decir que otros funcionarios no tengan la misma obligación cuando la ley se la haya impuesto.

La Sala plena de la Corte en la sentencia por medio de la cual decidió que son constitucionales los artículos 1º y 2º de la mencionada ley 29 de 1931, sobre creación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, le dió valioso respaldo al concepto anterior sobre el alcance de la norma constitucional, de donde podría derivarse el único argumento válido contra preceptos legales que depositen en empleados u organismos distintos de los del Ministerio Público, por razones de división del trabajo y de mejor administración, la defensa en juicio o fuera de juicio civil o administrativo de determinado grupo de bienes nacionales, proclamado en uno de los pasajes de esa sentencia que "El artículo 139 de la Carta que se dice violado no excluye ni prohibe la defensa de los intereses nacionales por funcionarios distintos de los del Ministerio Público". (Gaceta Judicial, tomo 52, página 568).

Y porque es posible y aún razonable que en muchas ocasiones la defensa en juicio de los intereses de las entidades territoriales de derecho público, se confíe a personas distintas de los respectivos Agentes del Ministerio Público, existe la regla previsora del artículo 173 del Código Judicial que faculta al Estado, los Departamentos y Municipios, para constituír, en caso de necesidad, procuradores especiales en los pleitos, distintos de los fiscales y del Procurador General de la Nación. Si el legislador pudo conferir esa facultad, ¿no es razonable que también tenga capacidad de dar mandato directo en la ley, por razones de conveniencia administrativa, para que el funcionario o entidad a cuyo cuidado pone la salvaguardia de determinado grupo de bienes nacionales, asuma en juicio civil o administrativo la defensa de esos bienes?

El artículo 141 de la Carta enumera las funciones especiales del Procurador General de la Nación, y en su último inciso dice: "Y las demás que le atribuya la ley".

Es la ley la que le asigna al Procurador General de la Nación la defensa en juicio ante la Corte de los intereses del Estado, los departamentos y los municipios, cuando quiera que estas entidades no hayan constituído un apoderado especial (artículo 175, numerales 4º y 5º del Código Judicial); a los fiscales de los Tribunales, la representación judicial ante el respectivo Tribunal, de los departamentos y municipios correspondientes (ordinales 3º y 4º, artículo 176, ibidem); a los personeros municipales, la de los municipios de su jurisdicción ante los jueces de circuito o municipales (ordinales 3º y 4º del artículo 179, ibidem).

Ante esta situación meramente legal, ¿acaso tiene cortapisas el legislador para modificar como mejor convenga a los respectivos intereses de la Nación, los departamentos y municipios, su representación en juicio? En manera alguna.

Por eso no se ve obstáculo serio de orden constitucional, para que el Estado delegue en funcionarios distintos de los fiscales y del procurador, su representación en juicio en relación con el grupo de bienes correspondientes a las empresas ferroviarias de propiedad nacional, administradas por el Consejo de los Ferrocarriles. Y eso precisamente fue lo que hizo el legislador en la Ley 29 de 1931, y el Gobierno, ampliamente autorizado por el mismo legislador, en los decretos de carácter legislativo que adelante se mencionan.

Tampoco sobra advertir con el fin de aclarar conceptos, que son figuras jurídicas distintas, de diferente contenido, la delegación para administrar y dirigir la explotación de bienes determi-

nados, y el mandato de representación en juicio civil o administrativo en lo tocante a esos mismos bienes. Pueden tenerse facultades administrativas pero no facultades de mandatario judicial. Pero no hay inconveniente en que el delegatario de una administración reciba también poderes de mandatario judicial en relación con los bienes anexos a esta. Los particulares pueden hacerlo. Sería irrazonable negarle al Estado el mismo poder de acción.

Pues bien; el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales primero por la Ley 29 de 1931, y luégo por los decretos legislativos que restauraron esta entidad, tiene doble poder: es delegatario de la admininstración de los ferrocarriles de propiedad nacional y sus anexidades y mandatario judicial en todo asunto que se relacione con esa administración. Y desde que se reconozca la existencia de este poder general para bienes especiales, comprende así bienes raíces como bienes muebles pues el poder no ha excluído los segundos. De consiguiente es inaceptable excluírlos alegando que las facultades administrativas no implican capacidad de enajenarlos, porque la representación judicial que tiene el Consejo no dimana de que es administrador, sino de facultades expresas al respecto conferidas en mandatos legales. Es sabido que el mandatario judicial posee implícita en el juicio la potestad de comprometer al mandante, ya se trate de bienes muebles o de inmuebles.

Vigente la Ley 29 de 1931, el Gobierno en uso de autorizaciones que le había dado el Congreso dictó el Decreto número 1420 de 17 de julio de 1943 en cuyo artículo primero dispuso. "La dirección y administración de los ferrocarriles de propiedad de la Nación corresponde al Organo Ejecutivo, quien lo ejercerá por delegación en el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales creado por la Ley 29 de 1931".

La Corte ha interpretado esta disposición en el sentido de que recortó la autonomía y personalidad del Consejo de los Ferrocarriles, tal como las concibió la Ley 29 de 1931, convirtiendo tal entidad en simple dependencia administrativa del Gobierno, sin la autonomía de una persona independiente. En esas condiciones, también dijo la Corte, la consecuencia obligada fue la de que los fiscales, como representantes natos de la Nación, asumieran la representación legal en juicio que antes correspondía al administrador del Consejo de los Ferrocarriles.

Otra consecuencia ineludible que trajo el Decreto 1420 estriba en que por su virtud se revalidó en los juicios todo lo que en anterioridad se había actuado, como en el presente proceso, con audiencia del Agente del Ministerio Público, en un juicio dirigido contra una empresa férrea nacional. Y esto es obvio, pues si se estimara que con anterioridad al Decreto 1420 había nulidad en juicio contra tales empresas, por haber representado el fiscal, dicha nulidad después del Decreto 1420 debía notificarse al mismo funcionario para que saneara o no lo actuado por él mismo, lo cual es inaceptable, porque no puede admitirse que una parte repudie lo que ella hubiere directamente gestionado.

Con posterioridad al Decreto 1420 dictó el Gobierno el marcado con el número 1842 de 1943 de fecha 18 de septiembre, publicado en el Diario Oficial del 27 del mismo mes de septiembre, que se llama interpretativo del Decreto número 1420, y cuyo artículo 1º inciso 2º dice: "En todos los asuntos que se relacionan con la dirección y administración delegada, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por el Administrador General, tiene la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los ferrocarriles nacionales y cables aéreos, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas de todos los privilegios concedidos a la Nación".

La disposición transcrita, como la del Decreto número 1420 y otra que se dictó posteriormente por medio del Decreto Ejecutivo número 2645 de 30 de diciembre de 1943, cuyo artículo 2º repitió que el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales tendrá en las materias colocadas bajo su dirección "la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios" (Diario Oficial Nº 25435 de 3 de enero de 1944), fueron promulgadas por el gobierno en uso de las autorizaciones especiales que le confirió el artículo 19 de la Ley 7ª de marzo de 1943, las cuales expiraron el primero de enero de 1944.

Auncuando el Decreto 1842 del mes de septiembre, que le devolvió al Consejo su autonomía administrativa y al Administrador General la personería en juicio, dice que es interpretativo del Decreto 1420 promulgado en el mes de

julio, sin embargo las actuaciones judiciales seguidas bajo el imperio de la Ley 29 de 1931 con audiencia del Agente Fiscal, para ventilar cuestiones atañaderas a los poderes del Consejo, quedaron siempre válidamente ratificadas. En primer lugar porque las situaciones concretas que se crean al favor de una disposición legal, en beneficio de los particulares, no pueden destruírse por ley posterior, porque eso equivale a darle efecto retroactivo a la ley, contra todo principio constitucional y legal. Y en segundo lugar, porque no hay que olvidar que el gobierno al dictar el Decreto 1420 del mes de julio obró encarnando la soberanía del Estado, de suerte que en cada proceso judicial fue la propia Nación demandante o demandada, la que tuvo a bien, mediante disposición general, suprimir la representación judicial del Administrador de los Ferrocarriles y devolvérsela al Ministerio Público, con lo cual claramente también revalidó lo que éste había gestionado a su nombre, en juicios en que la representación de la Nación, por lo tocante a los ferrocarriles, le correspondía al Administrador General del Consejo.

En el presente caso corresponde revocar el auto apelado. La nulidad que existía en el proceso y que se denunció en auto de 27 de mayo de 1942, como está dicho quedó saneada. A partir de la vigencia del Decreto 1842 publicado en el Diario Oficial de 27 de septiembre del año 1943 nada se ha actuado en el juicio, fuera del auto que hoy se revoca. Pero lo que de ahora en adelante se actúe en el juicio debe quedar bajo el imperio del artículo 1º inciso 2º del mencionado decreto, y por lo tanto la entidad demandada representada por el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, a quien se le deben notificar las providencias que se dicten.

A mérito de lo expuesto se declara:

REVOCASE el auto materia del presente recurso de apelación, y en su lugar se decide que no hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado en el juicio.

En adelante, en el juicio debe oirse al señor Administrador General de los Ferrocarriles, como representante de la entidad demandada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese copia de este fallo en la Gaceta Judicial.

Víctor Cock — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Chaves — Arturo Tapias Pilonieta — El Conjuez, **Miguel Aguilera — Manuel Pineda Garrido,** Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ DOCTOR MIGUEL AGUILERA

Las razones que me hacen pasar por la pena de salvar mi voto en la decisión anterior son las que siguen muy concisamente expuestas:

1ª La Ley 7ª de 1943, tantas veces citada en el fallo de que me separo, sólo autorizó al Gobierno para reorganizar la administración de los Ferrocarriles Nacionales, y no para disminuír, mermar o menoscabar las atribuciones constitucionales del Ministerio Público.

2ª El Decreto Nº 1842 de 18 de semptiembre de 1943 fijó en cabeza del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, la representación legal, activa y pasiva, de la Nación, con exclusión del Ministerio Público, "en todos los asuntos que se relacionan con la dirección y administración delegada de ferrocarriles y cables aéreos".

3ª El Decreto Nº 2645 de 30 de diciembre de 1943 corroboró y reafirmó la personería de la Nación en la cabeza del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, ante toda clase de autoridades y en toda suerte de actuaciones "en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada".

4º Consecuente al Gobierno con el plan ideado para la administración de las empresas ferroviarias nacionales, confirmó sus anteriores disposiciones con el Decreto Nº 991 de 25 de abril de 1944, según el cual el Administrador General de los Ferrocarriles, además de ser representante del Consejo Administrativo, es el Agente Ejecutivo de la Nación y su personero para la explotación de las empresas y el manejo de los fondos y bienes de la administración general.

5ª Ni en las leyes que han venido rigiendo la administración delegada, ni en los decretos reglamentarios o reformatorios, se han introducido modificaciones al plan primitivo en el sentido de incorporar en él la facultad de disponer de los bienes que pudieran denominarse estables o permanentes (zonas, apartaderos, estaciones, balasteras, muelles, bodegas, etc.) distintos de los fungibles, transitorios o eventuales. Cuando una empresa no tiene en su organización económica o comercial la finalidad de vender bienes inmuebles, la enajenación de los que constituyen su patrimonio no puede considerarse como acto de administración.

6ª La delegación de la explotación de una empresa oficial por parte del Estado es un acto administrativo o de gestión, sustancialmente distinto de la "exclusión" del Ministerio Público en la defensa del patrimonio nacional, que es un acto de gobierno. No hay, pues, razón jurídica que justifique ni excuse una involucración de materias como las contenidas en los decretos dictados en uso de facultades extraordinarias. Está bien que en orden a la explotación de los ferrocarriles y cables aéreos de la Nación, el gobierno delegue desde la primera hasta la última atribución administrativa; pero no es aceptable que dentro de una delegación se introduzca el desconocimiento de un fuero especial del Ministerio Público reservado a éste por la constitución.

7ª Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, "nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya previsión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones", pero a condición —como dice el expositor Duguit— de que la actividad de esos empleados se ejercite dentro de los límites de la competencia que les atribuye la ley soberana y en vista del objeto que esa misma ley se ha propuesto al conferirles dicha competencia. También es innegable que entre las funciones específicas del Presidente de la República está la de cuidar de la administración de los caudales públicos, pero no es menos importante recordar que el Ministerio Fiscal no puede ser "EXCLUIDO" del programa de deberes que la constitución le señala, siendo el principal de éstos "defender los intereses de la Nación".

8ª En mi opinión puede el Presidente de la República designar libremente un vocero, representante o delegado para que asesore al Ministerio Público en la defensa de determinados intereses, ya en la acción ya en la excepción, pero sin poner al margen la intervención obligada de

ese servicio en aquellas cosas que se salgan del radio puramente administrativo. El ejercico de una acción que comprometa activa o pasivamente el dominio de los inmuebles del Estado, o el aprovechamiento de una excepción que comprometa ese mismo dominio real, no son actos de administración sino manifestaciones funcionales de la magistratura particular que se llama Ministerio Público, y que tiene su origen en capítulo especial de la constitución política del Estado colombiano: "El Ministerio Público (cuya misión capital es defender los intereses de la Nación) será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás funcionarios que designe la ley". Sería aberrante imaginar siquiera que un administrador de vías férreas hiciese parte del Ministerio Público por un momento no más.

9ª La acción promovida por las señoras Suárez y la excepción consiguiente, compromete de modo directo la libertad, la integridad y la esencia del dominio de un inmueble que el Estado supone de su patrimonio, luego los actos que puedan culminar en la exclusión de ese bien del acervo patrimonial de la Nación, como serían una venta, una permuta, una transacción o una sentencia condenatoria, no son actos de simple gestión o administración.

10ª El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y su representante el Administrador General, hacen las veces de un mandatario o apoderado para los fines de la explotación y manejo económico de las líneas férreas, pero la presencia de ellos no elimina, aunque lo preconice un decreto gubernamental, la personería del representante directo de los intereses nacionales caracterizado por el Ministerio Público. Así como un apoderado general puede ser citado a responder en juicio, así también el poderdante puede serlo de preferencia, sin que por ello se entienda revocado el poder. Este mandato aumenta los vehículos o instrumentos de la defenra, pero no los disminuye, y menos los hace objeto de una exclusión, como lo pretenden los decretos citados en relación con los haberes de los ferrocarriles nacionales.

Resumo mis ideas así:

El Consejo Administrativo de Ferrocarriles no tiene hoy capacidad para representar judicialmente a la Nación sino en los negocios o controversias que se rocen con la administración de tales empresas.

El Presidente de la República puede conferir representación judicial al Administrador de los Ferrocarriles para que intervenga en asuntos que se salgan de los meramente administrativos, pero sin desconocerle al Ministerio Público el derecho de comparecer en juicio, activa o pasivamente, en casos similares relacionados con los Ferrocarriles Nacionales.

El ejercicio de una acción reivindicatoria intentada contra la Nación no es acto de simple administración por parte de quien la ejercita, ni el aprovechamiento de la correspondiente excepción es acto puramente administrativo, por razón de las consecuencias jurídicas que una y otra suponen.

El Ministerio Público ejerce funciones y goza de atribuciones de origen constitucional, no obstante su sujeción al Gobierno. La primera y más importante de aquéllas es la defensa de los intereses nacionales.

Bogotá, marzo de 1945.

Miguel Aguilera — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR ACCIDENTE FERROVIARIO

En el caso a que alude el proceso la víctima, en ejercicio de sus funciones como empleado del tren, ocupaba un puesto de peligro, que él debía conocer y que lo obligaba a desplegar sumo cuidado y diligencia en la actividad que le competía, precisamente, entre otros fines, con el de resguardarse de aquel peligro. De ahí que fuera arbitrario presumir la culpa de la empresa, siendo así que el empleado tenía a su cargo ese deber primordial de vigilancia, inclusive consigo mismo, que lo situaba en un plano especial de relaciones con respecto a ella, distinto del que ocupara otra persona ajena a la empresa o a la movilización de los convoyes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Roque Valero Cruz presentó, por medio de apoderado, ante el Tribunal Superior de Bogotá, un libelo de demanda en el que solicita que por sentencia definitiva, dictada en juicio ordinario, se declare que la Nación —representada por su Organo el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales— es responsable y debe pagar al demandante los perjuicios morales y materiales que él sufrió por razón de la muerte de su hijo legítimo Agustín Valero Moreno, ocurrida el día primero de julio de 1942 "a consecuencia de lesiones que le causó un tren de propiedad del Estado", en jurisdicción del Municipio de Facatativá.

La demanda viene apoyada en estos hechos:

"Agustín Valero M., hijo legítimo de mi mandante estaba en correcto estado de salud en los momentos en que un tren **lo atropelló** y causó las lesiones que le quitaron la vida el día primero de julio de mil novecientos cuarenta y dos en la ciudad de Facatativá o sus inmediaciones;"

"El accidente no se debió a culpa de Valero Moreno y la culpa se presume a cargo de la entidad demandada;"

"Agustín Valero Moreno era joven, sano, habría vivido por lo menos treinta y dos años más a partir de la fecha del siniestro aludido y devengaba el mínimo un peso con cincuenta centavos diarios";

"Su anciano padre, inválido y enfermo ha quedado privado del apoyo que le brindaba su mencionado hijo y se halla agobiado de pena y sufrimientos;

"Hay lugar a la indemnización de perjuicios además de las prestaciones debidas por accidentes del trabajo conforme a las leyes sociales, las cuales en manera alguna han derogado las normas civiles sobre indemnización de perjuicios por culpa contractual y extracontractual. Por tanto, sea por cualquiera de dichos aspectos o por todos, la entidad demandada responde y está obligada a las prestaciones demandadas en este libelo";

"Los perjuicios del orden puramente material —económico los estimo en más de quince mil pesos ($ 15.000.00), y los del orden moral en el mínimo de cinco mil pesos ($ 5.000.00) m/l".

Admitida la demanda, se dió en traslado al representante legal del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, quien se abstuvo de contestarla. Durante el término de prueba las partes solicitaron las que estimaron convenientes. Y surtidos luégo los demás trámites propios de la primera instancia, el Tribunal le puso término en sentencia de fecha 10 de julio de 1943, por medio de la cual negó las peticiones de la demanda y absolvió a la Nación "representada por su Organo el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales", de los cargos en ella formulados.

La parte demandante interpuso oportunamente el recurso de apelación contra el fallo anterior. En tal virtud corresponde a la Corte desatarlo.

Los fundamentos de la sentencia apelada

El Tribunal encontró plenamente acreditada la personería sustantiva del demandante, esto es, su calidad de padre legítimo y al mismo tiempo heredero de Agustín Valero Moreno.

Mas en lo concerniente a la responsabilidad civil de la Nación por el accidente en que perdió la vida el señor Valero Moreno, el mismo Tribunal llega a la conclusión de que las pruebas presentadas por el demandante en manera alguna pueden admitirse como demostrativas del fundamento básico de la demanda, o sea, que la muerte de Valero Moreno tuvo como causa un accidente imputable, ya por descuido o negligencia, a la parte demandada.

Personería sustantiva del demandante

La personería sustantiva del demandante está ampliamente acreditada con los documentos que exige la ley. En efecto, aparece: 1º el matrimonio católico de Roque Valero Cruz con Avelina Moreno el día 26 de octubre de 1910; 2º el nacimiento dentro de este matrimonio de Agustín Valero Moreno, en Umbita el 25 de noviembre de 1919; y 3º la defunción de Agustín Valero Moreno, acaecida el 1º de julio de 1942, en "accidente ferroviario", según reza la partida expedida por el notario principal de Facatativá (fls. 1 y 2 C. Nº 1).

El accidente

El señor Valero Moreno era trabajador de los Ferrocarriles Nacionales. Respecto del accidente mismo el señor Moisés Vanegas declaró durante el término de prueba de la primera instancia lo siguiente:

"Valero Moreno venía trabajando a órdenes mías como frenero supernumerario; tuvo conversación conmigo como cinco minutos antes de la llegada del tren a la Estación de Facatativá, y por ello pude comprobar que estaba en ese momento en estado normal; después de que el tren salió de Facatativá y en la Estación del Corzo me dió aviso el jefe de estación que el citado Valero había sido cogido por el tren y que estaba herido gravemente en la estación de Facatativá.... Valero Moreno trabajó un tiempo aproximado de dos años y medio al servicio del ferrocarril; luégo salió a prestar el servicio militar, y luégo que ingresó nuevamente, tenía siete meses aproximadamente de estar trabajando cuando ocurrió el acdidente; Valero trabajaba como antes lo he dicho como frenero supernumerario, y cuando ocurrió el accidente haría más o menos quince días que estaba trabajando a mis órdenes, reemplazando a un frenero que había salido a vacaciones".

El testigo Eduardo Galvis, que también declaró en la primera instancia, expone los hechos más o menos como el anterior. Dice que el día primero de julio de 1942 "salimos a las seis y media de la mañana con el tren de la ciudad de Neiva, y en todo el trayecto comprendido hasta la Estación de Facatativá, Valero Moreno venía perfectamente bien...., Yo seguí de Facatativá con el tren hacia esta ciudad de Bogotá, y en la Estación del Corzo fuí informado del accidente que le había ocurrido a Valero en la Estación de Facatativá.... Este trabajaba desde hacía mucho tiempo en el ferrocarril, primero como por espacio de dos años y medio antes de irse a prestar el servicio militar, y luégo que volvió, haría unos seis o siete meses que estaba trabajando cuando le ocurrió el accidente. Valero desempeñaba el puesto de supernumerario de aseadores; el día que ocurrió el accidente estaba reemplazando a un frenero y venía encargado del cable de auxilio."

Obran también en el proceso las declaraciones rendidas en esta instancia por los señores Alfonso Guevara (folio 7v a 8v C. Nº 5), José M. Camacho (fl. 8v a 9v ibidem) Luis Ramírez (fl. 9v a 10v ibidem) y Nicolás Rodríguez (fl. 10v a 11v ibidem), quienes afirmando haber conocido de vista, trato y comunicación a Valero Moreno, de manera uniforme dan cuenta de lo siguiente:

Que Valero Moreno, como empleado del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, viajaba el primero de julio de 1942 en el tren que hace el recorrido de Neiva a Bogotá, manejando el cable del tren. A Facatativá llegó sin contratiempo, pues momentos antes lo vieron los testigos completamente sano. El tren arrancó de la estación de Facatativá y después de pasar frente a los depósitos de agua, en donde había estacionados en otra carrilera próxima varios vagones del ferrocarril, los testigos vieron a Valero tendido en el suelo y agonizante, con hemorragia copiosa y heridas en la cabeza y en un brazo, una pierna destrozada y contusiones en todo el cuerpo. Agregan los declarantes que si en ese paraje no hubieran estado vagones estacionados tan próximos a la carrilera por donde estaba corriendo el tren que había salido de Facatativá, el accidente de Valero no se había producido "porque auncuando el tren lo hubiera desequilibrado y sacado de alguna sacudida el cuerpo un poco fuera, Valero no habría sufrido golpe alguno por los vagones estacionados, a lo cual se debió indudablemente

el siniestro porque, como desde esa zona de la vía empieza una pendiente, las máquinas que ya avanzan bastante más adelante de esos tanques, suelen tomar impulso muy fuerte y por consiguiente dan fuertes sacudidas al resto de los carros y naturalmente quien vaya de pié sufre desequilibrios, y si se trata de empleado que vaya arreglando los frenos, el cable, etc., es claro que sufre desvíos por esas sacudidas y si algún obstáculo se ha colocado en parte adyacente es claro que el golpe a la persona la lesiona y derriba violentamente".

El médico doctor Luis Alberto Forero Rubio, quien certificó la muerte de Agustín Valero Moreno —según aparece en la partida de defunción expedida por el notario del Facatativá (fl. 2 C. Nº 1), fue llamado a declarar en esta instancia. Su testimonio, visible al folio 13 del cuaderno Nº 5, corrobora en parte lo expuesto por los anteriores declarantes, afirmando lo siguiente: "....Recuerdo que en la tarde del día primero de julio de 1942, fuí llamado para tratar, como médico que soy de la Universidad Nacional, a un joven de unos treinta años de edad, que dijeron llamaba Agustín Valero, quien había sufrido un accidente ferroviario en esta ciudad varias lesiones (sic); en el hospital de esta ciudad vi a dicho paciente quien presentaba copiosa hemorragia de heridas situadas sobre la cabeza y roturas con desgarraduras de la piel y partes adyacentes en una pierna y en un brazo, y contusiones en todo el cuerpo; le hice el tratamiento indicado para tales casos y vendé las heridas; el moribundo estaba en estado comatoso, no hablaba y en esa misma fecha por la noche supe que había muerto. Creo que la causa principal de su muerte fue la probable fractura de la base del cráneo y no se le practicó autopsia al cadáver".

Finalmente, a folios 3v a 4v del cuaderno Nº 3 obra copia de la diligencia de autopsia y exhumación del cadáver de Agustín Valero, expedida por el señor Juez 4º Superior de Bogotá y tomada del sumario en averiguación de las causas de la muerte del mismo. Aquella diligencia se practicó el día 16 de septiembre de 1942, y en relación con las causas de la muerte, el médico legista dice lo siguiente: "Por lo anterior expuesto, y dadas las circunstancias o condiciones en que encontramos este cadáver que según la información, tenía setenta y cinco días de inhumado, opinamos que debió sufrir un traumatismo o golpe sobre el cráneo en la región temporal izquierda traumatismo que le determinó la fractura descrita, posiblemente con hemorragia cerebral y que esta lesión era mortal por su naturaleza...."

Por último por documentos allegados en la segunda instancia provenientes del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se confirma que Valero Moreno era empleado del ferrocaril Girardot-Tolima-Huila. Al efecto se tiene a la vista el "Cuestionario número 1" (fls. 1 y 2 del C. Nº 2) sobre declaraciones personales hechas por Agustín Valero para efectos del censo personal de dicho ferrocarril, suscrita por él en calidad de obrero de la empresa, y en el cual designó la persona del beneficiario del seguro colectivo de vida en la señora Julia Varón, prima hermana del asegurado.

Este documento está complementado con las resoluciones dictadas por el Consejo de los Ferrocarriles y el Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social —Departamento del Trabajo— la segunda confirmatoria de la primera, resoluciones en las cuales se reconoció el seguro de vida de Valero Moreno en favor de la señora Julia Varón, atendiendo a la indicación que había hecho el obrero en el referido "Cuestionario número 1".

Responsabilidad del demandado

Dadas las pruebas enumeradas sin dificultad puede admitirse que Agustín Valero murió a consecuencia de las graves lesiones que recibió al ser golpeado por el tren que segundos antes había arrancado de la estación de Facatativá en momentos en que este tren corría por frente de los tanques de agua, lugar en donde estaban estacionados unos vagones del ferrocarril, sobre una carrilera paralela y próxima a la que recorría el mismo tren.

Tratárase de un tercero extraño a la empresa del ferrocarril, o de un obrero de ésta cuyas funciones fueran ajenas a la movilización del convoy, muerto en las mismas condiciones de Agustín Valero, bastarían las solas circunstancias de esa muerte, para presumir la culpa del demandado, en razón de la posición que ocupaba la víctima frente al autor del hecho.

Empero en el presente caso la culpa del demandado no es materia propia de presunciones.

Agustín Valero era empleado o dependiente de la parte demandada; desempeñaba las funciones de frenero en el tren que lo golpeó; en ejercicio de estas funciones ocupaba un puesto de peligro, que él debía conocer, y que lo obligaba a desplegar sumo cuidado y diligencia en la actividad que le competía, precisamente entre otros fines, con el fin de resguardarse de aquel peligro. De ahí que fuera arbitrario presumir la culpa de la empresa, siendo así que el empleado tenía a su cargo ese deber primordial de vigilancia inclusive con sigo mismo, que lo situaba en un plano especial de relaciones con respecto a ella, distinto del que ocupara otra persona ajeno a la empresa o a la movilización de los convoyes. En sentencia de fecha 8 de noviembre del año próximo pasado, que está sin publicar en la Gaceta Judicial, pronunciada en el juicio ordinario de Florencia Córdoba v. de Abadía por la muerte de su esposo el capitán de aviación César Abadía, esta Sala se inspiró en un criterio semejante, como reflejo del cual en uno de sus párrafos dijo que el empleado o dependiente "que en ejecución de las funciones de conductor, chofer, maquinista, piloto, mecánico, obrero etc., se causa daño en los momentos en que actúa, originados en un accidente, en juicio de indemnización civil contra el empleador debe probar la culpa de éste, como requisito esencial para fundar el derecho a la reparación".

Sentado lo anterior, pasa a examinarse el grado en que el demandante cumpliera con la obligación de acreditar la culpa de la empresa en la muerte de Agustín Valero.

Lo primero que se advierte, como lo anotó el Tribunal es la ausencia total de prueba de la manera como se produjo la muerte. Ninguno de los testigos, especialmente de los que se hicieron declarar en esta segunda instancia con el propósito de hacer un esfuerzo para llenar el vacío probatorio de la primera instancia, vió caer a Valero del tren. No eran pasajeros, pues de sus declaraciones se deduce que los testigos llegaron al sitio donde yacía sangrante y herido Agustín, cuando el convoy, que no paró allí, ya iba lejos. Tampoco pudieron observar la caída desde la estación, ya que el accidente no se produjo allí, sino a distancia cuando el tren alejándose pasaba por frente a los tanques de agua. Pero ni siquiera hay ninguna declaración de donde se deduzca que Valero al partir el tren iba ya en su puesto, de suerte que el accidente bien pudo haber ocurrido al alcanzar el tren en marcha.

Los testigos Guevara, Camacho, Ramírez y Rodríguez, conjeturan, y esa es también la hipótesis del demandante, quien en los respectivos interrogatorios la presenta como cierta para que aquellos declaren sobre ella, que Valero, que iba manejando el cable del tren, debido a una sacudida fuerte del vehículo "sufrió un desequilibrio inevitable que le sacó un poco el cuerpo y debido a los vagones que allí estaban estacionados recibió un fuerte golpe que lo derribó a tierra, viniendo a estrellarse contra uno de aquellos vagones".

Esta hipótesis lejos de envolver culpa del ferrocarril, acreditaría más bien su irresponsabilidad. Se trataría entonces de la consumación de un peligro inherente a la actividad de frenero que desempeñaba Valero el día que murió; esa clase de operarios en razón de su oficio, tienen que viajar fuera de los vagones, en las plataformas de éstos o en otros sitios igualmente expuestos a las caídas por los movimientos bruscos de los trenes. Ellos conocen el peligro y lo asumen cuando se encargan del oficio. Es una contingencia natural en la actividad que ejercen, cual la del médico que tiene que exponerse a sufrir el contagio de la enfermedad del paciente, la del piloto de un avión que debe afrontar la falla súbita de la aeronave, la del maquinista que está expuesto a ser víctima de la explosión de las calderas, y en escala más íntima, la del picapedrero, que al dejar caer la pesada masa, se tritura un brazo o se lesiona una pierna. En ninguno de estos o análogos accidentes se advierten sombras de culpa provenientes del empresario, dueño o empleador, por lo cual la acción indemnizatoria del trabajador o empleado se desplaza del dominio del derecho civil, en donde no halla asidero, para encontrar firme anclaje en el campo de la legislación social protectora sobre accidentes de trabajo, inspirada en la idea de reparar el simple riesgo profesional y de donde por consiguiente se descarta la noción de culpa de parte de aquel por cuya cuenta se trabaja.

Tal como la acción está planteada en la demanda y demostrada, lo que resulta evidente es que Agustín Valero pereció en un accidente de trabajo. Pero no se acreditó que ese accidente se debiera a hechos imputables al ferrocarril, constitutivos de la culpa civil, la cual ha debido establecer plenamente el demandante, como quiera

que ni ella podía ser objeto de presunción, ni el accidente en sí mismo considerado presenta signos reveladores de culpa de parte de la empresa.

Se impone así absolver al demandado, confirmando la sentencia del Tribunal.

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, CONFIRMA la sentencia materia del presente recurso de apelación.

Sin costas en la segunda instancia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen, e insértese el fallo en la Gaceta Judicial.

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán —Víctor Cock — Isaías Chaves — Arturo Tapias Pilonieta — Jorge García Merlano, Ofical Mayor en propiedad.

PENSION DE JUBILACION, POR CAUSA DE INCAPACIDAD TOTAL PARA EL TRABAJO, A UN MIEMBRO DE LA RAMA JURISDICCIONAL

1.—Como las prestaciones de que trata la Ley 22 de 1942 no son acumulables, es claro que al decretarse una pensión de jubilación debe deducirse lo que antes se haya recibido por concepto de auxilio de cesantía.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, doce de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado Ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Con fundamento en la Ley 22 de 1942 el doctor Julio Ernesto Forero presentó demanda ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que con anuencia del Ministerio Público se decrete a su favor y a cargo de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial una pensión vitalicia de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00), que debe pagarse desde el 21 de mayo de 1943, o en subsidio desde la fecha de la presentación de la demanda.

Igualmente solicitó que de la pensión decretada fuera descontado el valor del auxilio de cesantía, ya recibido por el demandante, en caso de que en el fallo definitivo no se consideren acumulables las dos prestaciones sociales en mención.

Hecha la tramitación del caso el Honorable Tribunal resolvió lo siguiente:

"1º Decretar a favor del doctor Julio Ernesto Forero, ex-magistrado de este Tribunal, una pensión mensual, vitalicia de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00), en los términos del artículo 5º de la Ley 22 de 1942, cuyo pago estará a cargo de la Caja de Previsión Social creada por dicha ley, y a contar desde el día diez y seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, fecha de la presentación de la demanda;

"2º De esta pensión se descontará lo que el doctor Forero haya recibido de la misma Caja por concepto de cesantía; y

"3º Ejecutoriado este fallo, dése el aviso correspondiente con inserción de una copia".

El artículo 5º de la Ley 22 de 1942 establece que los funcionarios de que trata la ley que sufrieren durante el desempeño de sus empleos una enfermedad o lesión que los incapacite en absoluto para el trabajo profesional, recibirán, si no tienen cómo atender a su congrua subsistencia y mientras vivan, una pensión igual al sueldo que devengaren el día que se cause la enfermedad. Ha de acreditarse pues, de conformidad con la disposición referida, que el empleado acreedor a la pensión se hallaba desempeñando un cargo de los relacionados en la ley y que durante su ejercicio sufrió una enfermedad o lesión que lo incapacitó en absoluto para el trabajo profesional, y además que carece de medios de congrua subsistencia.

Que el doctor Forero era Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá y se hallaba en ejercicio de su cargo cuando le sobrevino la enfermedad que luégo lo incapacitó absolutamente para el trabajo, lo demuestran los autos, en primer lugar, con los certificados que allí aparecen sobre nombramiento, posesión y ejercicio de la Magistratura por el doctor Forero desde el 29 de mayo de 1939 hasta el 20 de mayo de 1943; y en segundo término, la presanidad del demandante se halla comprobada con el certificado expedido el día 16 de octubre de 1944 por los médicos del Instituto Nacional de Radium doctores Daniel Brigard H. y Ruperto Iregui (folio 8 cuaderno 1), donde se declara que el día 4 de mayo de 1943 el doctor Forero ingresó al Instituto para someterse al tratamiento de un epitelioma "cuya evolución era aproximadamente de un año", es decir, que había comenzado durante el año de 1942, cuando el doctor Forero desempeñaba el cargo de Magistrado; comprobación complementada con los testimonios de várias personas, entre ellas los doctores Gualberto Rodríguez Peña y Edilberto Arévalo Correal, compañeros de Magistratura con el doctor Forero, quienes afirman que al entrar éste a ejercer el cargo no presentaba síntomas de ninguna clase sobre lesión orgánica, que revelaba perfecta salud, y

que mientras desempeñaba el empleo le apareció una grave enfermedad.

Que el doctor Forero vino a quedar absolutamente incapacitado para el trabajo profesional lo comprueba el testimonio de ampliación de su primer certificado, expedido por los nombrados médicos del Instituto Nacional de Radium y por el profesor Miguel Antonio Rueda (folio 29 cuaderno 1), el día 15 de diciembre de 1944, en que afirman: "Certificamos que en nuestro concepto el epitelioma que presenta el doctor Julio Ernesto Forero le creó una incapacidad absoluta para trabajar desde cuando ingresó al Instituto Nacional de Radium para someterse al tratamiento de la enfermedad, por cuanto desde entonces el doctor Forero real y efectivamente se halla imposibilitado para trabajar dadas las características propias del epitelioma". La incapacidad absoluta se produjo desde el 4 de mayo de 1943, que es la fecha a que aluden los médicos.

Que el doctor Forero carece de medios para atender a su congrua subsistencia es hecho que se acredita con varios testimonios, entre ellos los de los señores Eduardo Gaitán y Constantino Martínez. El primero dice: "Sé y me consta por lo ante dicho y por el conocimiento personal que de ello tengo, que el doctor Forero carece de renta que le permita vivir y subsistir modestamente siquiera y del modo que corresponde a la posición social que ha ocupado y que ocupa. Esto lo afirmo por cuanto no tiene bienes ningunos que le den renta, los que tenía y que eran muy pocos tuvo necesidad de venderlos para atender a sus más apremiantes necesidades. Y como la fuente donde obtenía su subsistencia personal y la de su familia era lo que le producía su actividad profesional, y esta ha quedado anulada con la enfermedad que hoy le aqueja, puedo asegurar que no tiene hoy el doctor Forero con que atender a su congrua subsistencia ni aún siquiera a lo más necesario para él". El segundo depone: "Como lo dije al principio de mi declaración, el doctor Forero solamente tenía para atender su subsistencia personal y la de su familia, el producto que le ofrecía su profesión, y como por motivo a la enfermedad que hoy padece, está incapacitado para trabajar, como antes lo hacía, puedo afirmar que en la fecha el doctor Forero carece de medios para atender a su congrua subsistencia". Y con estos testimonios se halla de acuerdo el certificado expedido por el Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca el 18 de octubre de 1944 (folio 15 cuaderno 1), según el cual el doctor Forero en el año de 1943 tuvo una renta gravable de $ 443.60. "proveniente de sueldos como Magistrado".

Solicita el apoderado del doctor Forero que la Corte modifique el fallo de primera instancia, que reconoció la pensión desde la presentación de la demanda, para que en su lugar se disponga que la pensión rige, como así lo solicitó en el libelo, desde el 21 de mayo de 1943, alegando que al retirarse el doctor Forero del empleo tenía adquirido su derecho a la pensión. El Tribunal se abstuvo de reconocer su vigencia desde aquella fecha declarando que "la justicia no puede reconocer y pagar un derecho que no se reclama, ni la ley tiene señalado en parte alguna efecto retroactivo a la reclamación".

Estima la Sala que si bien es verdad lo que el Tribunal afirma, de un modo general, respecto de las demandas sobre pensiones, porque como lo ha dicho la Corte la pensión se asemeja a las prestaciones por alimentos de que trata el Código Civil y estas se deben desde la demanda, pues se considera que quien no las reclama las dispensa al deudor, sin embargo en casos como el de que aquí se trata, y atendiendo al contenido jurídico del artículo 5º de la Ley 22 de 1942 que se refiere a incapacidades absolutas, es necesario advertir que la incapacidad para el trabajo, como en el caso de autos, no se produce a veces sino después de corrido un tiempo de prueba y de espectativa sobre el tratamiento médico, al término del cual se llega a la conclusión de que la dolencia es incurable y acarrea tal incapacidad absoluta. Siendo esto así, exigir al enfermo o lesionado, que desde los comienzos de su enfermedad haga su demanda para que se le indemnice en razón de una incapacidad definitiva, sería contrario a la naturaleza e imposible de cumplir. El enfermo, el lesionado, conservan por un tiempo más o menos largo la esperanza de su restablecimiento, para volver a sus actividades y labores, y los facultativos mismos no pueden anticipar un dictamen declarativo de incapacidad absoluta cuando su paciente se halla sometido a un tratamiento que puede devolverle la salud. Estas razones obligan a considerar que aún declarada una incapacidad total, como lo fue en el caso del doctor Forero, existente con antelación, desde cuando él ingresó al Instituto Nacional de Radium, y presentada la demanda como lo fue asimismo pocos días después de decla-

rada por los médicos la incapacidad absoluta, es lo natural y lógico que la prestación social que tiene como fin atender a la incapacidad absoluta para trabajar, se cause desde que esa incapacidad total se produjo, y no desde la demanda.

El señor Procurador Delegado en lo Civil le pide a la Corte que reforme la sentencia de primera instancia indicando la manera como debe hacerse la deducción de la cesantía ya pagada, lo que no determinó el Tribunal. Las prestaciones de que trata la ley no son acumulables, dice el artículo 9º y establece que el que tuviere derecho a varias podrá acogerse definitivamente a la que estime más conveniente. El actor en este juicio cobró auxilio de cesantía y ahora manifiesta que si no es posible acumularlo con el de la pensión, se le deduzca de ésta el monto de aquélla. La Sala no ve inconveniente para que esto último se disponga, no lo primero, porque las prestaciones no se pueden acumular. El doctor Forero, posiblemente en la esperanza de que la lesión que comenzaba a sufrir cuando se retiró del Tribunal no tuviese un desarrollo que llegara a incapacitarlo para el trabajo de su profesión, reclamó la cesantía, y luégo, al ponerse de manifiesto, por las conclusiones de los médicos, la gravedad de aquélla decidió "acogerse definitivamente" a la pensión por incapacidad para trabajar. Establecida así su voluntad, debe acatarse, y en consecuencia, decretarse la pensión y disponer que de ella se deduzca el valor de la cesantía ya pagado, lo que deberá hacerse descontándola del primer pago que por concepto de las pensiones ya causadas reciba el demandante.

La cuantía de la pensión ha de ser de trescientos cincuenta pesos por mes, según lo establecido en el artículo 5º de la Ley 22 de 1942, pues esa suma era la que devengaba como sueldo el doctor Forero cuando se originó su enfermedad. Y empezará a contarse, como se pidió en la demanda, desde el 21 de mayo de 1943, y no desde el 4 del mismo mes, fecha en que se produjo la incapacidad, absoluta para trabajar, porque no obstante ello, el doctor Forero continuó al frente del empleo de Magistrado hasta el 20 de dicho mes.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma así la sentencia de primera instancia:

Primero. Decrétase a favor del doctor Julio Ernesto Forero una pensión mensual vitalicia de trescientos cincuenta pesos moneda legal, en los términos del artículo 5º de la Ley 22 de 1942, cuyo pago estará a cargo de la Caja de Previsión Social creada por la ley mencionada, y a contar desde el día 21 de mayo de 1943.

Segundo. Del primer pago que se haga de la pensión decretada en el punto anterior se descontará lo recibido por el doctor Forero por concepto de cesantía.

Tercero. Ejecutoriado este fallo dése el aviso correspondiente a la Caja de Previsión Social del Organo Judicial.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock — Isaías Chaves — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario en propiedad.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LIQUIDACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Ponencia de los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán y Miguel Arteaga H).

(Ponencia del H. Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Ha venido a la Corte, en virtud de apelación interpuesta por el apoderado del actor, la providencia dictada por el Tribúnal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sobre liquidación de perjuicios en el incidente promovido con posterioridad al fallo que puso término al juicio ordinario seguido por Darío Orozco Rendón contra la Nación.

El auto de liquidación fija en la cantidad de seis mil ochocientos once pesos treinta y dos centavos moneda legal ($ 6.811.32) "el monto y valor de los perjuicios materiales y de los morales objetivados".

La sentencia en el juicio ordinario hizo estas declaraciones:

"1º Condénase a la Nación a pagar, al menor Darío Orozco Rendón, representado por su padre, el valor de los perjuicios materiales y de los morales objetivados que se le causaron con el accidente de aviación ocurrido el día 24 de julio de 1938 en el campo de Marte o Santa Ana, Municipio de Usaquén. El monto de este daño podrá determinarse por el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., debiendo tener en cuenta los peritos, al hacer la estimación, las bases que para fijarlo se señalan en la parte motiva de esta sentencia. 2º Condénase a la Nación a pagar, seis días después de la ejecutoria de este fallo, a Darío Orozco Rendón, representado por su padre, la cantidad de dos mil pesos moneda legal, como valor de los perjuicios morales no objetivados que aquél ha recibido por la misma causa indicada en el punto primero".

Las bases según las cuales ha de hacerse la liquidación, conforme a la sentencia, resultan del pasaje de ella que en seguida se inserta: "....señala desde ahora las calidades, circunstancias y condiciones que deben tener en cuenta los peritos en su dictamen estimativo de este daño, a saber: la edad del lesionado, su profesión (estudiante), la desfiguración facial grave y permanente de la cara, la deformación en las manos dejada por las cicatrices, las perturbaciones funcionales levísimas consistentes en la anquilosis de la segunda articulación interfalangiana del meñique derecho y la limitación de los movimientos del dedo pulgar izquierdo, la disminución o merma de su capacidad de trabajo, en "relación directa con las lesiones recibidas, e indirecta con el efecto que ellas puedan tener para la obtención del mismo y para su ejecución normales, el demérito físico y estético y la inferioridad psíquica".

En el memorial sobre liquidación de los perjuicios expresó el apoderado del demandante lo siguiente: "Darío Orozco Rendón padecerá durante el lapso expresado de 44 años, 4 meses y 6 días la totalidad de las lesiones descritas. Este es, se repite, el hecho fundamental que condiciona la magnitud de los perjuicios, y que debe inspirar su traducción o equivalencia en dinero.

"Como sería arbitrario calcular separadamente el perjuicio sufrido por razón de cada una de las lesiones aisladamente consideradas, me parece lo más en armonía con la naturaleza misma de las cosas, hacer una liquidación en conjunto del perjuicio, toda vez que la víctima viene a sufrir el daño en forma indivisible, sin que sea dado inferir del bloque de las lesiones el monto del perjuicio derivado de cada una de ellas. No podría afirmarse con certidumbre ni sensatez que las cicatrices de las piernas, o las alteraciones de las uñas, o la dificultad de los movimientos articulares, por ejemplo, causen un daño cuya equivalencia indemnizatoria sea, supongamos, mil o dos mil pesos. La unidad de la persona humana determina que el haz de perjuicios morales y materiales objetivados constituya un todo indivisible, en función de la indivisibilidad sustancial del sujeto que los padece. Lo contrario sería fragmentar

tan sutil como arbitrariamente un todo, cuyas diversas partes están vinculadas por una lógica esencial: la unidad física y espiritual de la víctima.

"En tal virtud, apreciando los diversos factores ordenados tener en cuenta por la Corte, liquido los perjuicios así:

"Darío Orozco Rendón sufrirá durante cuarenta y cuatro (44) años, cuatro (4) meses y seis (6) días la totalidad de los daños materiales descritos por los médicos legistas, más los perjuicios morales objetivados inherentes a aquéllos. Estimo, castigando mucho el guarismo, en un peso diario ($ 1.00) la indemnización equivalente a la magnitud de los daños, o sea la suma total de diez y seis mil ciento ochenta y seis pesos ($ 16.186) moneda legal.

"Al arraigado espíritu de justicia del señor Magistrado, como también al del señor Agente del Ministerio Público, ante quienes oportunamente comparecerá Orozco en persona para que así puedan apreciar por percepción directa la gravedad del daño, les habrá de parecer insignificante una modesta indemnización de un peso por día comparativamente a la plenitud de las lesiones sufridas por el joven reclamante, y que, por desgracia, lo habrán de acompañar fielmente durante todo el decurso de su vida.

"Es evidente que nadie sería osado a ambicionar la actual situación de Orozco a trueque de una indemnización de un peso por día. Y si de acuerdo con el aserto de Georgi, "el medio más perfecto de enmendar el daño es el de colocar al damnificado en la misma condición en que se hallaría colocado si no hubiera ocurrido el hecho ilícito por el cual ha sido dañado", es posible que con esta suma pueda Orozco trasladarse a los Estados Unidos —donde la cirugía plástica y la cirugía estética han alcanzado notorio progreso— con el objeto de que si no del todo, cosa imposible hoy por hoy a la ciencia, sí por lo menos en algo logre que le desvanezcan las horrendas cicatrices, y pueda así reintegrarse a su patria en condiciones más adecuadas para ser útil ciudadano, relativamente libertado del complejo de inferioridad que hoy padece, a causa de la repugnancia y fastidio que para los demás ocasiona su sola presencia. Si esto no puede lograrse, la vida para Orozco le habrá cancelado definitivamente el goce de los atributos y oportunidades que la hacen amable.

La liquidación la hago tomando como base la exigua cantidad de un peso por día, en el ahincado deseo de que no se le formulen objeciones, así se la juzgue a la luz del criterio más riguroso e implacable. Desde luego, me reservo el derecho de acogerme a la suma mayor que pueda ser fijada en el curso de la articulación correspondiente, en el caso de que sea impugnada." (fls. 4 a 5v. del C. Nº 6).

De la liquidación hecha por el apoderado del actor se corrió traslado al Fiscal del Tribunal, que este funcionario despachó así: "En mi calidad de representante legal de la Nación en el juicio ordinario que por perjuicios adelanta contra ella Darío Orozco Rendón, manifiesto a usted, atentamente, que **impugno** la liquidación de la cual se ha ordenado correrme traslado; y, consecuencialmente, solicito del H. Tribunal se proceda como está indicado en el inciso 2º del artículo 553 del Código Judicial, para que se regule por medio de peritos el valor en dinero de los perjuicios de que se trata, para cuyo efecto designo, desde ahora, como perito por parte de la Nación al señor doctor Aníbal Montoya Canal".

Abierto a prueba el incidente, el Fiscal reiteró la solicitud de regulación del perjuicio por medio de peritos, y agregó: "La impugnación obedece a que considero excesiva la cuantía señalada en dicha liquidación".

Designados y posesionados como peritos los doctores Aníbal Montoya Canal, Luis Eduardo Nieto Arteta y Carlos Alberto Rodríguez, rindieron ellos sus dictámenes, los que hubieron de ser ampliados o explicados en virtud de decisión tomada por el Magistrado sustanciador del negocio. Y aparece también de autos haberse corrido traslado a las partes, por el término legal, de los dictámenes periciales, sin que éstas hubiesen presentado observación o tacha sobre ellos.

El doctor Montoya Canal dice en su concepto lo que pasa a transcribirse: "En este orden de ideas, estima el señor apoderado que el perjuicio sufrido por el damnificado sería con justicia reparado con una indemnización equivalente a un peso diario, durante cuarenta y cuatro años, lapso a que considera se extiende la vida probable del mismo; lo que arroja la suma de $ 16.186.00, moneda legal. En el resultado aritmético de aquellos factores, aprecia él tanto la merma de la capacidad productiva de su representado, como la equivalencia en dinero del daño moral que, a consecuencia de las lesiones ostensibles que le quedaron, se le ocasionó. Las bases precisas de objetivación de este daño moral tienen

ya como determinación concreta en los autos, de acuerdo con los elementos de juicio señalados al respecto por la Honorable Corte, las enunciadas con acierto por la pericia médica, y que surgen todas del complejo de inferioridad que esas ostensibles deformaciones corporales traen al espíritu del victimado, con el consiguiente pesar íntimo a que ellas humanamente dan origen. Si se tiene en cuenta que esas deformaciones visibles del rostro y de las manos son en la época actual favorablemente modificables, y que aún pueden hacerse desaparecer casi en absoluto, por medio de los injertos que la cirugía plástica moderna aplica satisfactoriamente con tal fin; como también que el costo de un tratamiento semejante en los Estados Unidos de América incluyendo el viaje, bien puede realizarse con una suma bastante inferior a la mitad de la propuesta en la liquidación del señor apoderado, es indudable que el pago de aquella cantidad de una vez entrañaría el cumplimiento inmediato, por parte de la Nación de una obligación que, según las bases adoptadas para el cómputo de su cuantía por el señor apoderado, sólo debería cumplirse en el transcurso de cuarenta y cuatro años, ya que es a través de ese lapso, y no ahora de una vez, cuando la merma de la capacidad productiva del damnificado vendría a producir ese lucro cesante. En efecto: la responsabilidad legal en casos como este se reduce a la indemnización de los perjuicios causados; mas no puede jurídicamente ser fuente de utilidad económica o de una comercial ganancia para el damnificado; y el peculio de éste tendría un inequitativo enriquecimiento sin causa, con detrimento de la Nación indemnizante, si en vez de cubrirle ésta cada mes por ejemplo, durante aquel prolongado período de tiempo, lo que fuese dejando de percibir por el menoscabo de su capacidad productiva, le cubre todo el monto de la indemnización de una vez. ....En consecuencia, también por este aspecto, el cómputo del señor apoderado del actor resulta excesivo, en suma superior a la mitad de lo que él ha indicado como valor de la reparación.... En vista de todas estas circunstancias, que están a todas luces indicando el jurídico aminoramiento que precisa hacer al cómputo excesivo de la indemnización que propone el señor apoderado del beneficiario y considerando que se ha decretado ya a favor de éste la cantidad de $ 2.000.00, como reparación del daño moral no objetivado, concluyo declarándoos que la suma justa de la indemnización que le es debida, así por los daños materiales, como por los morales objetivados, al serle pagada ahora de una vez, es la de $ 7.300.00 moneda legal, equivalente a la cantidad de $ 0.50 diarios, en los cuarenta años de vida probable del expresado beneficiario".

El doctor Nieto Arteta dice: "Debo ahora explicar con extremada y superlativa brevedad las lesiones de que ha sido víctima Darío Orozco. En el rostro tiene una "desfiguración grave y permanente, la cual presenta o tiene una especial importancia para la formación de las realidades espirituales a que me he referido. En efecto, el rostro es, según expresión de un psicólogo alemán, 'la tarjeta de visita del alma'. Por eso, toda lesión sufrida en el rostro posee una importancia peculiar. En las manos sufrió también graves deformaciones. Se distinguen por una innegable relevancia, la limitación de los movimientos del dedo pulgar de la mano izquierda y la anquilosis de la segunda articulación interfalangiana del meñique derecho. La plena utilización de la mano supone que el dedo pulgar pueda hacer presión sobre los restantes. Precisamente es ese el hecho que distingue a la mano humana de la 'mano' de los antropoides. En éstos, el dedo pulgar no puede hacer presión sobre los otros. En algún ensayo, publicado hace ya alguún tiempo, si mi memoria no me es infiel, Baldomero Sanín Cano explicaba que la civilización se debe a la mano, o más concretamente, a los dedos pulgares de ambas manos. Advertía el eminente autor colombiano que en los antropoides la carencia de una rudimentaria civilización se debe a la inmovilidad de los dedos pulgares. Por otra parte, la anquilosis del meñique derecho también constituye una grave lesión. Para la adecuada utilización de la mano, los movimientos de los dedos deben ser homogéneos y generales. Además, ambas manos presentan una apariencia que involuntariamente suscita un sentimiento de repulsión. Si se recuerda que los más puros sentimientos humanos se exteriorizan —el hombre es materia—, en la unión y en el entrelazamiento de las manos, se comprenderá sin mayores dificultades, que las deformaciones totales de ambas manos constituyen una grave lesión y son uno de los supuestos más valiosos en orden a la formación del complejo o sentimiento de inferioridad. Por último, también en las extremidades el joven Darío Orozco ha

sufrido otras deformaciones. El hecho de que el vestido cubra los sectores de las extremidades en los cuales aparecen esas desfiguraciones o deformaciones no destruye la gravedad de las mismas. Como todas esas desfiguraciones han suscitado un estado especial de la piel, Darío Orozco no disfruta de la libertad necesaria para entregarse plenamente a normales actividades económicas. Además, durante la estación de más elevada temperatura, sufre un escozor muy molesto en los sectores lesionados. Son por consiguiente, evidentes las minus valias espirituales y las minus valias patrimoniales que sufre Darío Orozco. Se dijo ya que es imposible señalar una ecuación entre los perjuicios y una cualquiera suma de dinero, y que en tal virtud, tan sólo se podría fijar una simple proporción o una adecuada compensación. Ambas, la proporción o la compensación, pueden establecerse o alcanzarse, si se señala una suma de dinero que le permita al lesionado procurar eliminar los efectos de las lesiones, o poder destruír las lesiones sometiéndose a los respectivos procedimientos quirúrgicos. Precisamente, el deber jurídico de la persona que haya causado la lesión reside en facilitarle al lesionado los medios pecuniarios para volver a disfrutar de su estado anterior amortiguando las lesiones. No se podría aceptar que el deber jurídico consista en indemnizarle al lesionado, dentro de plena objetividad, los perjuicios que haya sufrido. Si ello se aceptare la indemnización sería insuperablemente cuantiosa. Así se dijo antes. Tan sólo puede aceptarse que la persona que haya causado la lesión compense los perjuicios sufridos, y procure facilitarle al lesionado los medios para amortiguar las lesiones. Darío Orozco podría viajar a los Estados Unidos de América a fin de someterse en esa nación a un procedimiento de cirugía estética y plástica que disminuya la intensidad de las lesiones sufridas. Seguramente no sería posible eliminar totalmente las lesiones. Mas, por lo menos, se podría amortiguarlas, lo cual es una compensación. Sentadas las bases anteriores, y aclarado y ubicado el criterio o los criterios en los cuales me he inspirado, creo que los perjuicios materiales y los morales objetivados sufridos por Darío Orozco pueden expresarse en la siguiente cuantía:

"Viaje a los Estados Unidos de América	$ 1.200
"Valor aproximado de los honorarios del especialista o cirujano.....	8.000
"Gastos de hospitalización	3.500
"Los perjuicios en sí mismos considerados	3.500
"Total.....	$ 16.200

"Quiero explicar los hechos que justifican los guarismos que figuran en la liquidación anterior, ya que ellos a primera vista pueden parecer muy elevados. Según datos suministrados por la Sección de Pasajes de la Avianca de Bogotá, el viaje aéreo de ida y vuelta a los Estados Unidos de América vale $ 745.00. A esa suma he unido los gastos de transporte de Darío Orozco desde la ciudad norteamericana en la cual lo deje el avión —Miami, Florida— a la ciudad en que se encuentre el hospital o clínica en la cual se sometería al tratamiento o procedimiento quirúrgico antes indicado. Cabe recordar que la situación de inflación monetaria que actualmente atraviesan los Estados Unidos de América ha elevado el precio de los transportes como por lo demás, también el precio de todos los objetos y servicios. La cuantía de los gastos de hospitalización y de los honorarios del cirujano —especialista— se han señalado teniendo en cuenta la circunstancia ya anotada de la inflación monetaria, y después de oír el parecer de algunas personas respecto a la cuantía aproximada de los honorarios de suyo y comúnmente muy elevados, como es natural. Un poco arbitrariamente se ha fijado una suma de $ 3.500 por los perjuicios en sí mismos considerados. Se ha querido con esa suma compensar a Darío Orozco el dolor físico que en él suscitaron las lesiones hasta que las heridas alcanzaron al estado de la cicatrización y el pesar moral —complejo de inferioridad, sentimiento de inferioridad—que produjeron también en él las lesiones. Evidentemente, y por las razones que se explicaron en páginas anteriores, dada la imposibilidad de establecer una ecuación objetiva entre las lesiones y una cualquiera suma de dinero, es realmente arbitrario en cuanto responde a un puro acto psicológico, a una decisión, a una vivencia valorativa, señalar la suma de $ 3.500.00 como expresión cuantitativa de los perjuicios materiales y los perjuicios morales objetivados en sí mismos considerados. Me permito advertir además, al señor Magistrado, que me he abstenido de calcular, en la fijación del valor de los perjuicios en sí mismos considerados, la cuantía de las minus valías patrimoniales sufridas por Darío Orozco. Como el patrimonio es una posibilidad y responde a la pura potencialidad económica de la persona hu-

mana, y como además, la vida es imprevisible, lo cual indica que es imposible fijar o señalar las consecuencias que en orden al normal desarrollo de las actividades económicas producirán las lesiones, es evidente que si calculare la cuantía de las minus valías patrimoniales, ella sería muy elevada. He querido señalar una suma que tan sólo compensa ligeramente los perjuicios muy graves sufridos por Darío Orozco".

El doctor Rodríguez, de acuerdo con el dictamen del doctor Nieto Arteta, hace consideraciones análogas a las de aquél, de las cuales toma la Sala lo que sigue: "De modo que esta inferioridad psíquica y física y la disminución en la capacidad de trabajo que le han quedado al joven Orozco, en el momento más importante de su vida, cuando iba a definirse su porvenir, son daños que le deben ser también indemnizados, para que la satisfacción debida sea completa. Sentado que la indemnización **integral** debe comprender no sólo el valor de los gastos que demanda el tratamiento médico adecuado para disminuír la gravedad de las lesiones descritas que desfiguraron el cuerpo de Orozco, sino también el pago de una cantidad de dinero que compense la inferioridad física y psíquica que le ha quedado como consecuencia de aquéllas, falta determinar esas cantidades para fijar la suma total de la indemnización que debe pagar la Nación al demandante".

Hace en seguida el perito varios razonamientos que coinciden con los del doctor Nieto Arteta en cuanto a la fundamentación de las partidas señaladas por aquél de $ 1.200, $ 8.000 y $ 3.500, por concepto de gastos de viaje a los Estados Unidos, de honorarios del especialista o cirujano y de hospitalización.

Y agrega el mismo perito doctor Rodríguez: "Viene, por último, el valor de los perjuicios consistentes en las consecuencias de las lesiones que le quedarán a Orozco, aun después de un tratamiento acertado. Estas consecuencias las sintetiza la Corte así: 'la disminución o merma de su capacidad de trabajo, en relación directa con las lesiones recibidas e indirecta con el efecto que ellas puedan tener para la obtención del mismo y para su ejecución normales; el demérito físico y estético y la inferioridad psíquica'. Estas taras acompañarán a Orozco el resto de su vida, "que tendrá una duración probable de cuarenta y cuatro (44) años, según la tabla colombiana de mortalidad aceptada generalmente para fijar la supervivencia de una persona; pues Orozco tenía en la época del accidente diez y ocho años, siete meses y veinticinco días de edad que da una vida probable de cuarenta y cuatro (44) a cuarenta y cinco (45) años. El monto de estos perjuicios los ha fijado el perito doctor Nieto Arteta en la cantidad de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) moneda legal, cifra que quizá no compense suficientemente la magnitud del daño que va a reparar, pero que no he creído equitativo elevar por si en realidad el costo del tratamiento de las lesiones, lo obtiene Orozco por una suma menor de la fijada, ya que no hay bases ciertas para el señalamiento que se hizo por ese concepto y apenas se ha indicado como probablemente (sic); y porque la suma total de diez y seis mil doscientos pesos ($ 16.200.00) moneda legal sí es la que, en mi opinión representa la justa indemnización que se debe a Orozco Rendón por los daños que se le han ocasionado".

En la ampliación de sus dictámenes los doctores Nieto Arteta y Rodríguez declaran:

El doctor Nieto Arteta: "...Debo declarar que las sumas que el señor Orozco debe erogar para obtener, en lo posible, el máximo restablecimiento, mediante la aplicación de los correspondientes procedimientos terapéuticos y quirúrgicos, las avalúo en la cantidad de pesos doce mil setecientos, de acuerdo con la discriminación que se hace en el primer peritazgo;... La disminución de la capacidad productora la expreso en un promedio mensual de seis pesos, de modo que la suma en la cual deba comprenderse esa disminución asciende a pesos dos mil setecientos; c) Creo que la suma total que he señalado debe cubrirse anticipadamente, es decir, entregándole al joven Orozco todo su valor inmediatamente. Si no me hubiera inspirado en la hipótesis de la entrega inmediata de la suma en cuestión, yo habría señalado o señalaría una suma mayor. d) Estimo que el perjuicio moral objetivado, es decir, 'el dolor y la pena experimentada por el lesionado', debe expresarse en la cantidad de ochocientos pesos. Las tres sumas ya señaladas forman la cantidad de pesos diez y seis mil doscientos ($ 16.200.00), la cual ya había sido indicada en el anterior peritazgo".

El doctor Rodríguez: "En mi concepto anterior fijé en tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) moneda legal la indemnización por razón de la disminución de la capacidad de trabajo en que quedó el lesionado (perjuicio material) y por razón del perjuicio moral objetivado. Desea el Tribu-

nal la separación de la suma que corresponde a cada uno de estos factores... Siendo Orozco estudiante a la época del accidente es claro que entonces no producía, ni puede estimarse productiva su vida durante el tiempo que dure en él esta condición de estudiante; por esto, en ese período no puede estimarse que haya disminución de su capacidad productora. Para Orozco esta capacidad comienza a la terminación de sus estudios e iniciación de su trabajo profesional y es desde entonces que puede considerarse en realidad la disminución de su capacidad de trabajo. Esta disminución será mayor antes del tratamiento, como quiera que después de él sus condiciones físicas y morales se habrán modificado favorablemente... Tampoco hay manera de señalar la época en que Orozco pueda someterse al tratamiento, ni cuándo termine éste; sólo puede hacerse un cálculo aproximado para determinarlas. Considero en seis meses más el tiempo necesario para que termine este incidente de regulación de perjuicios, que será revisado por la Corte; otros seis meses para obtener del Gobierno el cumplimiento del fallo y el pago de la indemnización; y seis meses más para el tratamiento y el viaje al exterior. Para entonces el demandante tendrá veinticuatro (24) años y medio. De acuerdo con todo lo anterior concluyo: la disminución de la capacidad productora de Orozco sólo puede considerarse en el período posterior al tratamiento, o sea desde los veinticuatro años en que he estimado que comienza para él la capacidad de trabajo hasta la fecha probable de su muerte que ocurrirá a los sesenta y dos y medio (62½); de suerte que tendrá un período de treinta y siete años y medio en que su capacidad productora estará disminuida como consecuencia de las lesiones recibidas. El señor apoderado del demandante en su regulación de perjuicios estimó en treinta pesos ($ 30.00) mensuales la indemnización a Orozco por los daños materiales y por los morales objetivados, computados sobre la base de una supervivencia de cuarenta y cuatro (44) años, cuatro (4) meses y seis (6) días; y el perito doctor Montoya Canal fijó en quince pesos mensuales la indemnización por los mismos conceptos, pero sobre una supervivencia probable de cuarenta años. Este criterio me orienta en la fijación de la suma concreta mensual que corresponde como indemnización por la disminución de la capacidad productora de Orozco. Habiendo quedado en lo hasta aquí expuesto fijada la suma necesaria para el restablecimiento de la salud de Orozco y no comprendiéndose el perjuicio moral objetivado que se avaluará más adelante, avalúo el perjuicio material proveniente de la disminución de la capacidad de trabajo que ha sufrido el demandante en la cantidad de seis pesos ($ 6.00) moneda legal, lo cual da para los treinta y siete años y medio (450 meses) que fijé como período productivo de Orozco la cantidad total de dos mil setecientos pesos ($ 2.700.00) moneda legal".

El Tribunal al fallar el incidente manifiesta su conformidad con los dictámenes de los doctores Nieto Arteta y Rodríguez, que estima mejor fundados que el del doctor Montoya Canal. Pero observa la Corte que para llegar el Tribunal a esa conclusión no hace un análisis detenido de los varios aspectos que los dictámenes presentan. Y al aceptarlos el Tribunal admite el parecer del perito Montoya Canal de que la indemnización que va a reconocerse se regule por las tablas que se vienen aplicando para calcular el monto de perjuicios futuros y sucesivos, cuando el pago se hace por anticipado y no periódicamente. Con estas consideraciones, el Tribunal, al hacer el cómputo de la indemnización, concluye admitiendo la cuantía que para ella señalan los peritos Nieto Arteta y Rodríguez, pero aplicándole la tabla de Garufa, con lo cual llega a la cifra de $ 6.811.32, que es el monto a que asciende la condena a cargo de la Nación decretada en la parte resolutiva del auto recurrido.

Del fallo del Tribunal apeló ante la Corte Suprema el apoderado del actor. En esta corporación el negocio recibió el trámite legal y entró finalmente para decisión de la Sala el incidente regulatorio de perjuicios en su segunda instancia.

El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita de la Corte que revoque la providencia apelada, y en su lugar resuelva que no hay lugar a hacer condena por perjuicios morales subjetivos, pues ellos fueron reconocidos en la sentencia, que no hay lugar al pago de perjuicios morales objetivados, por no haber bases para fijarlos, y que los perjuicios materiales (lucro cesante) deben cubrirse en forma de indemnización periódica y sucesiva durante la vida del reclamante.

El señor apoderado del actor argumenta contra la decisión del Tribunal en cuanto aplica para el cómputo las tablas de Garufa, llamando la atención a que los gastos que originará el viaje de Orozco Rendón a los Estados Unidos de Norte

América para su tratamiento allí, no pueden ser materia de deducciones en concepto de pago anticipado de una prestación futura y periódica.

En el estudio de las cuestiones que surgen del auto que se revisa, del examen que los peritos hacen en sus dictámenes y de las alegaciones de las partes, ha visto la Sala que acaso por la complejidad de los varios aspectos que comporta la materia subjudice, los criterios que se proponen para solucionar las dificultades que ella apareja no son todos debidamente ordenados al fin que se busca, o no se hallan fundados en la realidad que se contempla, o están desarticulados entre sí o con la sentencia que trata de ejecutarse.

El apoderado del actor en la liquidación de los perjuicios planteó, como el medio más perfecto de enmendar el daño, el de colocar al damnificado en la condición en que se hallaría si no hubiese ocurrido el hecho ilícito que lo afectó, sometiéndolo al efecto a un tratamiento adecuado de cirugía plástica y estética en los Estados Unidos de América, con el objeto de que, si no del todo, sí por lo menos en algo se logre que le desvanezcan las horrendas cicatrices que padece y se liberte del complejo de inferioridad que ellas le producen, a causa de la repugnancia y fastidio que a los demás ocasiona su sola presencia. Y al propio tiempo pidió el pago de perjuicios materiales y perjuicios morales objetivados. Y dio como base la estimación de un peso ($ 1.00) diario, en cuarenta y cuatro años de supervivencia del lesionado, o sea la suma total de diez y seis mil ciento ochenta y seis pesos ($ 16.186.00) moneda legal. Al hacerlo advirtió que liquidaba "la exigua cantidad de un peso por día, en el ahincado deseo de que no se le formulen objeciones, así se la juzgue a la luz del criterio más riguroso e implácable. Desde luego, —dijo— me reservo el derecho de acogerme a la suma mayor que pueda ser fijada en el curso de la articulación correspondiente, en el caso de que sea impugnada".

Observa la Corte que esa estimación que hace el liquidador de un peso diario como valor de la indemnización es en sí misma, y por lo que aparece de autos, totalmente infundada, pues no corresponde a realidad alguna del proceso.

Los peritos, acogiendo tal estimación del liquidador, acomodaron a ella sus dictámenes, y al hacer el cómputo numérico, uno de ellos, el doctor Montoya Canal, la redujo a la mitad, o sea a cincuenta centavos ($ 0.50), y los otros, el doctor Nieto Arteta y el doctor Rodríguez, redujeron más aún esa cuantía para sus cómputos. Hay en este procedimiento una evidente falta de fundamentación en la estimación del liquidador y en la de los expertos, que constituye para la Corte una grave dificultad frente a la decisión que haya de adoptar en esta providencia. Así como el liquidador y los peritos, sin base alguna demostrada, o presumiblemente acreditable, estimaron que el guarismo base de la indemnización es el de un peso diario, pudo considerarse que la cifra adecuada debería ser del doble de esa cantidad o aún mayor.

Otro aspecto que suscita preocupación en la Sala es el que ofrece el sistema seguido por los peritos al avaluar el perjuicio y que consiste en enderezar principalmente la indemnización al pago de los gastos que ha de ocasionar un viaje al exterior del señor Orozco y el tratamiento de los especialistas. No niega la Corte, porque ello es innegable, que el medio mejor y obvio de reparar un daño como el de que se trata es el de procurar los recursos económicos para que las lesiones orgánicas causadas reciban un tratamiento que las haga desaparecer o al menos aminorar hasta donde ello sea posible; y por eso no objeta el procedimiento seguido por los peritos avaluadores; aunque observa que él no armoniza claramente con la disposición de la sentencia que puso fin al juicio ordinario, pues en ella no se ordenó concreta y especialmente que se hiciese aquel tratamiento de reparación estética y plástica, y quizá al proferirse dicho fallo no se contempló esta natural proyección del mismo en orden a la reparación del perjuicio, sino que se partió acaso de la permanencia, inmutabilidad o irreparabilidad de las lesiones, y por eso se dispuso que se apreciara y avaluara particularmente la merma de la capacidad productora de Orozco, sin otra consideración. Hoy, al ejecutarse la sentencia, y según el desarrollo del incidente, se halla la Corte colocada en presencia de la estimación pericial que avalúa los gastos del restablecimiento orgánico del lesionado y que estima también y al propio tiempo, la merma de su capacidad productora.

Es aquí donde la Corte ha hallado la mayor dificultad que le ofrecen a su examen y decisión los autos. De un lado, la sentencia del juicio ordinario no previó que la indemnización comprendiese el valor de un tratamiento médico y quirúrgico, y los peritos, con lógica no discuti-

ble, encausan u orientan su estimación dándole a este aspecto especial consideración. De otro lado, pará todos los cómputos que hacen los avaluadores acogen ellos la cifra empírica, sin fundamento, de un peso diario, que fijó el liquidador.

Si el papel del juzgador se limitase estrictamente a obrar según las pruebas producidas, como único criterio, y sin atender a la dificultad que ellas mismas implican, emanada de la naturaleza de las cosas, la solución de este incidente sería sencilla, aunque dolorosa: como los dictámenes, según se ha observado merecen serios reparos no obstante su virtualidad evidente y su acierto en partes a la cuales no se extienden las anteriores observaciones, habría que declarar sin comprobación, sin prueba el propio incidente y absolver en consecuencia; porque los peritos avaluaron algo que la sentencia no ordenó justipreciar, y porque la base estimatoria numérica es inadmisible por infundada. Semejante extremo chocaría con el espíritu de justicia que reclama la consideración del asunto y que debe estructurar las decisiones de los jueces. **Summun jus, summa injuria.** La Corte entiende que cumple mejor su misión de intérprete de las leyes y aplicadora de la justica, reconociendo, como lo hace en esta providencia, que la dificultad en el conocimiento de lo que correspondía hacer en el incidente para estimar el daño, y que tuvo origen en la propia sentencia que va a cumplirse, el desarrollo paulatino que la jurisprudencia ha tenido, ilustrando posteriormente a aquel fallo la materia tocante con las indemnizaciones de perjuicios, en forma que no tuvieron ocasión de aprovechar los expertos avaluadores, todo ello ha venido a producir la prueba que ahora se califica y que adolece de deficiencias pero que no puede razonable y jurídicamente desecharse, en atención a los motivos expuestos. Hay que admitirla para no llegar a puntos de rigor que no cuadran con la realidad jurídico-procesal y porque, además, a ella han subordinado su conducta las partes, que piden a la Corte su resolución. Sin embargo, y ello es obvio, al proceder así la Corte, va a admitir lo fundamental de las estimaciones del liquidador y de los peritos, pero sin llegar a términos de contradicción manifiesta, o de ausencia total en la fundamentación estimativa.

Considera la Sala que es necesario hacer una separación completa entre el perjuicio material representado por las cantidades de dinero necesarias para atender de modo adecuado al restablecimiento, en lo posible, de la integridad orgánica, funcional y estética del señor Orozco Rendón, quebrantada en forma grave y permanente respecto de algunas de las lesiones, y los perjuicios consistentes en la disminución o merma definitiva de su capacidad productora.

Respecto a los perjuicios materiales estimados por los peritos Nieto Arteta y Rodríguez en las cantidades de $ 1.200.00, $ 8.000.00 y $ 3.500.00, que corresponden a "viaje a los Estados Unidos de América", al "valor aproximado de los honorarios del especialista o cirujano" y a "gastos de hospitalización", acoge la Sala las razones expuestas por los expertos como suficiente y acertada fundamentación de sus estimaciones. No se repiten, aquí, por no ser necesario, ya que fueron insertas en parte anterior de esta decisión. No está de acuerdo la Corte con el Tribunal en cuanto éste reduce el monto de la indemnización aplicando la tabla que se usa para el cálculo de las erogaciones que se hacen por anticipado, debiendo ser hechas periódicamente. No es el caso de aplicar tal deducción a las cantidades mencionadas porque ellas no son compensación o reparación de mermas patrimoniales futuras, sino el pago o suministro de lo necesario para atender a los gastos actuales del tratamiento quirúrgico y estético del señor Orozco.

Estima la Corte que la pericia de los avaluadores se halla bien aplicada cuando fija las sumas para aquellos gastos, como necesarias para el restablecimiento de la salud y de la integridad corporal, funcional y estética del herido. Estimación bien cimentada, porque lo primero, en el orden de la reparación, es procurar, por todos los medios de que se disponga, que esa integridad lesionada vuelva, en lo posible, a su anterior estado de normalidad. Sumando estas partidas, la indemnización por tal concepto asciende a la cantidad de doce mil setecientos pesos ($ 12.700.00) moneda legal.

En cuanto a la suma de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) denominada por los peritos, "los perjuicios en sí mismos considerados", estima la Corte necesario hacer algunas observaciones.

Todos los peritos están de acuerdo en apreciar que las deformaciones del rostro y de las manos son modificables favorablemente por medio del tratamiento de cirugía plástica de que ha hecho

mérito. El perito doctor Nieto Arteta advierte que se abstiene de calcular la cuantía de las minus valías patrimoniales sufridas por Orozco. El perito doctor Rodríguez dice: "Viene, por último, el valor de los perjuicios consistentes en las consecuencias de las lesiones que le quedarán a Orozco, aún después de un tratamiento acertado..... Estas taras acompañarán a Orozco el resto de su vida". Aparece claro a la sola lectura de lo que acaba de transcribirse cómo es arbitrario y contradictorio entrar a señalar una indemnización por las consecuencias de las lesiones que habrán de ser objeto de un tratamiento dirigido a borrarlas o a desaparecerlas; pues antes de que el tratamiento se realice es imposible determinar tales consecuencias.

El propio perito doctor Nieto Arteta califica de arbitraria la fijación que propone de $ 3.500.00 por los que él llama "los perjuicios en sí mismos considerados". Sin que las lesiones se traten previamente y se produzca el estado consecuencial a las aplicaciones quirúrgicas y de reparación estética no es posible apreciar esa situación futura, que sería la base para calcular la merma de capacidad que en definitiva pueda sufrir Orozco Rendón. Hay que observar cómo también el perito doctor Rodríguez dice lo que sigue: "La disminución de la capacidad productora de Orozco sólo puede considerarse en el período posterior al tratamiento". Y agrega que ese período de incapacidad o de merma de capacidad productora será de treinta y siete (37) años y medio.

Luégo, al cifrar el monto de esta parte de la indemnización, caen los peritos en otra no menos sensible arbitrariedad: el liquidador había expresado, sin fundamento, que la incapacidad podía representarse por la suma de $ 30.00 el mes; el perito doctor Montoya Canal la reduce, sin expresar el motivo, a la mitad, o sea $ 15.00 mensuales; y el doctor Rodríguez, también sin razón justificativa, baja aún más ese cómputo, a la cifra de $ 6.00 por mes. De treinta pesos se baja a quince y de quince a seis, y en ninguno de estos cómputos se aduce razón alguna para justificarlos.

Entiende la Corte que si aceptase este modo de fijar los perjuicios, tan arbitrario y desprovisto de fundamentación, se pondría en contradicción con el criterio que ella misma ha practicado, de buscar, en estas materias de suyo tan complejas y difíciles, soluciones que tomen base en la realidad y que se apoyen en los datos que suministran las pruebas del juicio y en razonamientos serios. Comprende la Sala el empeño de los peritos en llegar a soluciones concretas numéricas, como son las que indican, pero anota que al hacerlo pasaron, inadvertidamente, del terreno del buen razonamiento y de la lucidez de sus conceptos, que ilustran las otras partes de sus dictámenes, a esta conclusión encaminada a fijar el monto del daño que corresponde a la merma de capacidad futura del lesionado, empleando elementos que ellos mismos reconocen arbitrarios.

(Ponencia del H. Magistrado doctor Miguel Arteaga H.)

En el proyecto presentado a la Sala por el Magistrado ponente doctor Cardoso Gaitán se consideraba que siendo infundada la partida ya mencionada de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00), y estimando por otra parte el curso que había tomado el incidente de avalúo, y que no era posible presentar la prueba del lucro cesante sino después de practicada la intervención quirúrgica, lo equitativo y oportuno era dejar para ulterior pronunciamiento, en un eventual incidente complementario, la regulación del monto de los perjuicios consecuenciales a la merma de capacidad que en definitiva haya de sufrir el señor Orozco.

La mayoría de la Sala, si bien reconoce los altos y graves motivos en que se funda dicha tesis, no estuvo de acuerdo con ella, por las razones que pasan a exponerse.

Por los motivos con anterioridad expuestos, deben desecharse los perjuicios fijados por los peritos doctores Nieto Arteta y Rodríguez, fuera de los señalados con relación a la intervención quirúrgica.

Con respecto a los perjuicios sin fundamento para ser reconocidos, y también con relación a los que han de reconocerse, la Sala estima oportunas las siguientes observaciones:

Al acondicionar la Corte en la sentencia el incidente de avalúo de perjuicios dijo que los peritos debían tener en cuenta, entre otras cosas: "La desfiguración facial grave y **permanente** de la cara; la **deformación** de las manos dejada por las cicatrices..."

Es decir que el fallo, entre los elementos que debían tenerse en cuenta en los avalúos, estableció la **permanencia** de las deformidades de la cara y de las manos.

El apoderado doctor Vargas Rubiano así lo admitió en la estimación de los perjuicios que sirve de base al incidente, en donde dice: "Darío Orozco Rendón padecerá durante el lapso expresado de 44 años, 4 meses y 6 días **la totalidad** de las lesiones descritas". Y más adelante agrega que dichas lesiones "lo habrán de acompañar fielmente durante todo el decurso de su vida".

Con tal criterio el apoderado estimó en un peso diario los perjuicios, y dedujo un total de $ 16.186.00.

El Fiscal del Tribunal, al corrérsele el traslado de la liquidación, manifestó que la impugnaba, y pidió que se regulara por medio de peritos "el valor en dinero de los **perjuicios de que se trata"**, es decir de los perjuicios por deformaciones **permanentes,** como dijo la Corte y el demandante.

Puede estimarse que en el incidente de avaluación quedó así trabada la **litis contestación,** en conformidad con la sentencia de la Corte y con la ley.

Pero es el caso que los peritos en el avalúo (en especial los doctores Nieto Arteta y Rodríguez), no optaron por el camino trazado en la sentencia, o sea considerar como permanentes las desfiguraciones, y sobre esa base avaluar los perjuicios, sino que consideraron que debía de tratarse de remediar la **permanencia** de las deformaciones mediante una operación de carácter estético, para la cual fijaron la suma de $ 12.700.00, y en seguida, en forma arbitraria, señalaron la cantidad de $ 3.500.00 por los perjuicios que restaren por pagar, los cuales no se sabía con precisión cuáles eran ni había bases para fijar su cuantía. (El doctor Nieto Arteta los llama "perjuicios en sí mismos considerados" —dolor físico y complejo de inferioridad—. El doctor Rodríguez atribuye tales perjuicios a 'lesiones que le quedarán a Orozco, aún después de un tratamiento acertado').

Bien está que la Corte reconozca la suma fijada para la operación, porque es lo cierto que con ella se trata de subsanar el **daño emergente** causado con las lesiones, y tal daño emergente entra dentro de los perjuicios ordenados pagar.

Pero disponer que se paguen los otros $ 3.500 por unos perjuicios inciertos y no establecidos, no es aceptable, porque en tal punto el dictamen pericial no puede acogerse por infundado.

Que se deja de pagar a Orozco Rendón el valor del lucro cesante, que es parte importante de los perjuicios, es cierto, pero ello proviene de que el demandante no presentó prueba al respecto, o no objetó por deficientes o desacertados en parte los conceptos periciales, lo cual ya es culpa del actor, que adujo para que se estableciera en el incidente el valor de los **perjuicios permanentes** decretados por la Corte, y que no allegó las pruebas adecuadas para fijar cuál era ese **perjuicio permanente,** que fue el que se trató de avaluar y que no quedó avaluado en su totalidad por deficiencia en la prueba.

El artículo 481 del C. J. establece que: "Los Jueces y Tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que han sido materia del pleito".

Lo que se dice de un pleito, debe entenderse de un incidente como el de regulación de perjuicios, y como en el caso actual la regulación de perjuicios que hizo el apoderado del demandante, partió del supuesto de que en el incidente iban a regularse todos los perjuicios sufridos por el señor Orozco Rendón, de acuerdo con la sentencia y con lo preceptuado en el artículo 553 del C. J., y como en este incidente tan sólo puede aceptarse la partida de doce mil setecientos pesos ($ 12.700.00) fijada por los peritos Nieto Arteta y Rodríguez, y no la otra de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) por ellos señalada, como ya quedó expuesto, ha de concluírse que sólo dicha partida debe reconocerse, reformando en tal sentido la providencia objeto del recurso.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, resuelve:

Condénase a la Nación a pagar al demandante Darío Orozco Rendón, en concepto de perjuicios materiales a él ocasionados a causa de las heridas que recibió en el accidente aéreo de Santa Ana, la cantidad de doce mil setecientos pesos ($ 12.700.00) en moneda legal.

No se ha demostrado en este incidente la existencia de ningún otro perjuicio, fuera de la cantidad que se deja expresada.

Queda así reformada la providencia objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Miguel Arteaga H. — Con salvamento de voto, **Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock.**—Con salvamento de voto, **Isaías Chaves — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido,** Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ANIBAL CARDOSO GAITAN E ISAIAS CHAVES

Con el respeto debido a la autoridad científica y moral de los distinguidos Magistrados que han formado la mayoría en el presente fallo, salvamos nuestros votos, fundándonos en las razones que en seguida se expresan.

La sentencia que puso término al juicio ordinario dijo que los peritos tendrían en cuenta "la desfiguración facial grave y permanente de la cara.... y la deformación de las manos dejada por las cicatrices", y refiriéndose a esto la presente decisión, anota que aquella sentencia estableció la **permanencia** de las deformidades de la cara y de las manos admitida a su vez por el apoderado del actor y por el Fiscal del Tribunal, el primero al hablar de lesiones que padecerá Orozco durante 44 años y el segundo al pedir que se regulara por peritos el valor en dinero **"de los perjuicios de que se trata"**, es decir, en concepto de la mayoría de la Sala, de los causados por deformacoines **permanentes.** Con base en este razonamiento el presente auto regulatorio estima que es culpa del actor no haber aducido en el incidente las pruebas del perjuicio permanente, "que fue el que se trató de avaluar". No ha de estar en desacuerdo la minoría de la Sala con la mayoría en lo principal y primero de estas observaciones: es cierto que los perjuicios que contempló la sentencia fueron los permanentes, originados en lesiones de esta clase. El apoderado del actor hizo de ellos una estimación que comprendía el valor de los daños totales causados por ellas, y como lo advirtió, si el señor Fiscal no impugna la liquidación, y la acepta, en aquella estimación y en su pago oportuno habría quedado comprendida la indemnización completa. Impugnada como lo fue, el actor, por su propia reserva, quedó sometido a lo que resultara del incidente. Este se desenvolvió en la forma que se explica en la presente resolución, de modo desarticulado con la sentencia que va a cumplirse, y como consecuencia de ello al apoderado del actor no puede exigírsele que se acomode a las nuevas fórmulas indemnizatorias creadas en el incidente y que no se podían contemplar por anticipado. El perjuicio permanente "fue el que se trató de avaluar", al comienzo del incidente; luego, en prueba que pidió el Fiscal y no el actor, se estimó el pago de un tratamiento para curar o desaparecer las lesiones, y así, con tal mutación producida por el desarrollo del incidente, decide ahora la Corte, admitiendo que ha de pagarse una suma ordenada al restablecimiento orgánico del herido, disposición que contenía el proyecto orgánico de la ponencia y en la cual han estado de acuerdo todos los Magistrados de la Sala. Pero dispuesto por ella que se repare el daño, o parte de él mediante intervenciones quirúrgicas y estéticas, es claro que ni se puede admitir ni se puede negar suma alguna en razón de daño futuro, de lucro cesante por merma de capacidad de trabajo de Orozco Rendón, mientras no se establezca cuál va a ser su situación o estada ulterior al tratamiento. Este es uno de los puntos de discrepancia con la mayoría falladora.

El otro aspecto que nos movió también a expresar nuestra inconformidad es el de que consideramos adecuado medio de solución de las dificultades a que ha llegado el incidente, el de reservar para uno complementario de éste, la decisión de la Corte sobre indemnización por la merma de capacidad del actor. Para la Corte, en nuestro concepto, las dificultades que el juicio y el incidente regulatorio implican, aprovechando por razones de economía procesal el incidente mismo y sus pruebas ya calificadas, estaría en admitir la valoración pericial en lo que se refiere al daño propiamente emergente, ya causado, a la reparación de las lesiones que padece Orozco, y en dejar para ulterior pronunciamiento, en un incidente complementario, la regulación del monto representativo de los perjuicios consecuenciales a la merma de capacidad que en definitiva haya de sufrir el señor Orozco Rendón. Así procedería la Corte con criterio prudente, que le permitiría aprovecharse de las pruebas que si bien

adolecen de las deficiencias apuntadas, por el modo como se produjeron, no tienen vicio intrínseco en el punto en que se refieren a la valoración del daño emergente; desechando de otro lado la estimación pericial sobre monto o cuantía del daño futuro, o lucro cesante, por contraria a la primera parte de su ordenamiento y prematura en el orden lógico que impone la naturaleza del asunto sometido a la pericia de los avaluadores.

Y como esta reserva de una parte de la decisión reguladora de los perjuicios para una oportunidad posterior, pudiera suscitar dudas sobre su legalidad procedimental, conviene agregar aquí algunas consideraciones en el particular.

De acuerdo la minoría de la Sala con lo que en este particular dicen algunos expositores, en especial los hermanos Henri y León Mazeaud, estima que en casos como el presente la liquidación total debe hacerse en dos partes: la una que se falla antes de que el herido o lesionado se someta a un tratamiento científico y técnico para recuperar su salud o la integridad de sus funciones orgánicas o psíquicas, fijándose en la decisión que le ponga fin la suma de dinero que se calcule necesaria para el restablecimiento del herido; y otra parte de la liquidación, posterior al tratamiento, en que se tenga por base el estado definitivo de salud o enfermedad, o de lesiones corporales o funcionales de que no pudo restablecerse el paciente por virtud del tratamiento a que se sometió. Entonces, a la vista de ese estado definitivo o permanente de incapacidad o de disminución de ella en el lesionado, se podrá determinar si hay lugar al pago de ulteriores prestaciones indemnizatorias con origen en la merma permanente y definitiva de sus aptitudes orgánicas. Los autores citados dicen: "Cuando existe una verdadera modificación del perjuicio debe examinarse si la modificación es previsible o no y proceder en consecuencia. Si a los Tribunales les parece posible que el daño se agrave o atenúe, sin que tengan la certidumbre sobre ese punto, violarían los principios generales, estatuyendo no solamente sobre el perjuicio actual, sino también sobre el perjuicio futuro hipotético. ¿Qué debe hacer entonces el Tribunal cuando se halla en presencia de un perjuicio cuando es susceptible de modificación en el porvenir, y sin que le sea posible tener certidumbre sobre ese punto? Debe no estatuír más que sobre el perjuicio actual, reservando los derechos de las partes para el porvenir". (Traité theorique et practique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 1934, tomo III, números 220 a 230).

La reserva de una parte del perjuicio para una liquidación complementaria no se opone, como pudiera creerse en un primer examen del asunto, a los preceptos del Código de Procedimiento que previenen a los jueces fallar todas las cuestiones que les son sometidas, sin reservarse ninguna. La más pertinente de esas normas, que conviene tener a la vista, expresa: "Artículo 481. Los Jueces y Tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito". Es cierto que la ley no previó el que una decisión pudiera adoptarse en dos etapas, como aquí se sugiere. Pero lo fundamental, en su espíritu y finalidad, es que si así se procede, en ningún caso tal cosa se haga como pretexto para dejar de resolver cuestiones que han sido materia del pleito, y que pueden fallarse con fundamento y consideración de las pruebas allegadas al juicio. En el caso de que ahora se trata no ha podido ser materia de la liquidación el perjuicio que eventual y definitivamente llegue a causarse al demandante Orozco Rendón, en la hipótesis ya contemplada y admitida por la Corte, de que él se someta a un tratamiento para restablecer su integridad orgánica, funcional y estética, y por lo mismo no se está en presencia del presupuesto del artículo 481 citado, pues el punto de la merma de capacidad del actor no pudo ser considerado por los peritos, con base seria, ni puede serlo antes de que se produzca el estado de Orozco consecuencial al tratamiento científico indicado. La merma de su capacidad de trabajo, fundamento de este daño, no se puede constatar aún, y por lo tanto no puede ser materia del actual pronunciamiento.

Claro es que los jueces no están autorizados para dividir en dos partes la decisión que ponga término al pleito, ni por su sólo deseo de abstenerse de fallar, ni menos aún como consecuencia de no haberse producido por las partes las pruebas a que estaban obligadas; en tales eventos el fallador no puede excusarse de resolver sobre la totalidad de las cuestiones que le han sido sometidas. Pero ocurre algo distinto cuando es la naturaleza misma del hecho o de los hechos controvertidos la que impone, como en el presente caso, no anticipar una decisión sobre una materia que presupone el cumplimiento de otro u

otros hechos consecuenciales a una primera resolución, pues entonces es preciso esperar a que ésta produzca sus efectos, para luego, en una complementaria de la primera, resolver lo que queda pendiente.

Una simple liquidación complementaria, reservada para un nuevo procedimiento, cuando la naturaleza de lo que se juzga así lo impone, no contraría los propósitos del legislador que ha ordenado a los jueces fallar siempre, sin pretextos para no hacerlo, las cuestiones materia de los litigios. En las normas escritas no se hallan previstas todas las situaciones, y no pueden ellas interpretarse nunca como instrumentos que sacrifiquen los derechos, sino como medios aptos para su adecuada efectividad. La efectividad razonable de los que se deriven para las partes de la pretensión de la demanda que cobra perjuicios por la merma de la capacidad de trabajo de Orozco Rendón, no puede consistir en condenar según la estimación empírica y anticipada que hacen los peritos, ni en absolver al demandado por no existir en el juicio una prueba imposible de ser producida en el estado actual del asunto.

En nuestro concepto el presente auto debió concluír en la forma que lo propuso la ponencia, así: "En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca la providencia apelada, y en su lugar condena a la Nación a pagar al demandante Darío Orozco Rendón, en concepto de perjuicios materiales ocasionados a él por causa de las heridas que recibió en el accidente aéreo de Santa Ana, la cantidad de doce mil setecientos pesos ($ 12.700.00) moneda legal; advirtiéndose que, si fuere el caso, en ulterior liquidación complementaria de perjuicios, y si ellos se causaren realmente, podrá el actor demandar el pago de lo que corresponda por la disminución o merma definitivas de su capacidad o aptitud para el trabajo".

Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Chaves. Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS

Cuando la sentencia no señala bases concretas de liquidación del perjuicio, corresponde al demandante determinarlas en la demanda del posterior incidente de liquidación. Incidente que tiene su término probatorio cuando esa demanda es impugnada en todo o en parte por el demandado, con el fin de habilitar al juez para fijar el importe de la condena con pleno conocimiento de causa, "en vista de lo alegado y probado".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril treinta de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Por escritura pública número 2.803 de 20 de septiembre de 1940, de la notaría 4ª del círculo de Bogotá, celebróse un contrato entre el ministro de minas y petróleos, en nombre del gobierno nacional, por una parte, y el señor Francisco Castro H. por otra, por medio del cual el primero concedió derecho al segundo para explotar las minas del sector denominado "Grupo Sur Superior" perteneciente a las propiedades nacionales conocidas con los nombres de "Cien Pesos" y "Cerro de Marmato", ubicadas en el municipio de este nombre, departamento de Caldas, el cual sector delimitóse así: "Del nivel de la galería La Puerquera y siguiendo este nivel hacia el sur hasta llegar a la quebrada de Cascabel; por esta quebrada abajo hasta ponerse al nivel del piso de la galería o guía de "Caparrosal"; por este nivel hacia el norte y pasando por el piso de dicha guía hasta cortar una línea que pase por el centro de la iglesia de Marmato y la casa de habitación de don Luis Izquierdo; por esta línea hacia arriba, o sea, el occidente hasta ponerse a nivel de la guía de La Puerquera; y por este nivel hasta el piso de dicha guía, punto de partida".

Asimismo el gobierno concedió derecho al contratista para usar el molino El Colombiano y las dependencias y anexidades que por inventario le serían entregadas. Después de las muchas estipulaciones propias de esta clase de contratos, se convino que la duración del celebrado sería por cinco años a partir de su fecha. Agregóse que "en caso de incumplimiento de parte del contratista de cualquiera de sus obligaciones, el Director general de las minas podrá imponerle multas sucesivas de cincuenta pesos ($ 50.00) a quinientos pesos ($ 500.00), según la gravedad de la infracción, sin perjuicio de que el Ministerio declare la caducidad del contrato, si a ello hubiere lugar".

En ejecución el contrato anterior, el director general de las minas nacionales de Marmato, dictó el 25 de mayo de 1943 la resolución número 13, la cual se transcribe íntegramente dada la importancia capital que tiene en el pleito:

"El Director General de las Minas Nacionales de Marmato en ejercicio de sus atribuciones y

CONSIDERANDO:

"a) Que el señor Francisco Castro H., en su condición de contratista del sector grupo Sur Superior de las minas nacionales de Marmato formuló ante la Dirección de las mismas una queja contra los contratistas del sector grupo Sur Inferior, queja que hizo consistir en que éstos adelantaban trabajos localizados en su sector";

"b) Que atendiendo tal queja la Dirección de las Minas dirigió a los contratistas del sector grupo Sur Inferior la carta número 315 del 24 de junio de 1942 en la cual se les rogaba suspender los trabajos entre los niveles de Socavón Molino y el piso de la guía Caparrosal, mientras se esclarecían los hechos";

"c) Que por comunicación fechada el 30 de marzo de 1943 los contratistas del sector grupo Sur Inferior solicitaron de la Dirección levantar la suspensión contenida en la carta número 315 citada, acompañando documentación en que apoyan su solicitud";

"d) Que estudiada la comunicación mencionada y la documentación acompañada, se pudo concluír que el reclamo de los contratistas del sector grupo Sur Inferior tiene fundamento, por lo cual se ofició al señor Francisco Castro H. en el sentido de suspender los trabajos en la zona comprendida entre los niveles de Socavón Molino y el piso de la guía Caparrosal";

"e) Que el señor Castro H. hubo de ser requerido por tres veces para que suspendiera los trabajos en la mencionada zona y posteriormente, considerándose perturbado instauró acción de policía, breve y sumaria, contra el Director de las Minas por tal suspensión;"

"f) Que en este estado de cosas y perfectamente definidos como están, por disposiciones legales y contratos vigentes, los linderos entre los sectores grupo Sur Superior y grupo Sur Inferior, linderos debidamente amojonados y cuya línea no es otra que el nivel del piso de la guía Caparrosal",

RESUELVE:

"PRIMERO—El señor Francisco Castro H., en su condición de contratista del sector grupo Sur Superior de las Minas Nacionales de Marmato, SE ABSTENDRA de efectuar trabajos de explotación en la zona comprendida entre los niveles de Socavón Molino y el piso de la guía Caparrosal, zona que forma parte del sector grupo Sur Inferior".

"SEGUNDO—En caso de incumplimiento a lo dispuesto, se impondrán multas sucesivas de quinientos pesos ($ 500.00) sin perjuicio de proponer ante el Ministerio de Minas y Petróleos la declaratoria de caducidad de su contrato".

"TERCERO—Como consecuencia de lo anterior, el sector Sur Grupo Inferior puede efectuar trabajos en la zona comprendida entre el nivel de Socavón Molino y el nivel del piso de la guía Caparrosal, sin interrumpir la vía de acceso existente para tal guía por Socavón Molino".

Por resoluciones números 14, 15, 16 y 17, de fechas 29 y 31 de mayo, 1º y 2 de junio, respectivamente, el director general de las minas nacionales de Marmato, impuso sendas multas de quinientos pesos ($ 500.00) al contratista señor Castro, por no haber suspendido los trabajos de explotación en la zona comprendida entre los niveles de Socavón Molino y el piso de la guía Caparrosal, según la orden y el apremio contenidos en la resolución número 13 preinserta.

Por resolución número 245 de 9 de agosto del año citado el ministerio de minas y petróleos confirmó las resoluciones que el administrador de las minas de Marmato, doctor Darío Uribe Angel, dictó contra el señor Francisco Castro.

DEMANDA

Los hechos anteriores son el origen de la demanda que el señor Francisco Castro H. por medio de apoderado presentó ante esta sala de negocios generales de la Corte, a intento de que, previo el trámite del correspondiente juicio ordinario, se hagan contra la nación colombiana, las siguientes condenaciones:

"PRIMERA—Que la Nación (República de Colombia), representada en este juicio por el Procurador Delegado en lo Civil, doctor Rafael Quiñones Neira, mayor de edad y vecino de Bogotá, como propietaria y arrendadora de las Minas de Supía y Marmato, en el sector Sur Superior, conforme a la escritura pública número 2803 de 20 de septiembre de 1940 de la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá, es responsable y debe, en consecuencia, todos los perjuicios causados a Francisco Castro, mayor de edad y vecino de Bogotá, arrendatario de dicho sector, con la inejecución parcial del contrato de arrendamiento mencionado, a causa del despojo que se le hizo por la misma entidad arrendadora de la mina Caparrosal o Socavón Molino, que era parte integrante del contrato, y luego unilateralmente la entidad arrendadora, tomó para sí, a pesar de haberla entregado al tiempo de poner en ejecución dicho contrato de arrendamiento; incumplimiento que se verificó por motivos injustos del Director de Minas de Marmato, y sustituto de la Nación en la ejecución de dicho arrendamiento, y con conocimiento de causa de que se inejecutaba aquél, todo debido a negligencia, descuido, o sea a culpa de los representantes de la entidad arrendadora.

"SEGUNDA—Que la Nación, en consecuencia, debe pagar a mi poderdante, Francisco Castro H., la suma de cuarenta mil pesos moneda legal ($ 40.000.00 m/l.), o la que fijen peritos durante este juicio, como valor de los perjuicios materiales sufridos por éste a consecuencia de la inejecución parcial del contrato de arrendamiento con participación mencionado, y todo lo cual fue ocasionado por el despojo a consecuencia de órdenes emanadas del Director de Minas de Marmato y el Ministerio de Minas, impidiéndose con ello el goce de lo arrendado, y entregándosele a quien no tenía ningún derecho a dicho goce.

"TERCERA — Que la Nación debe devolver a mi mandante Francisco Castro H., la suma de

DOS MIL PESOS ($ 2.000.00) m/l. impuesta como multa, a consecuencia precisamente de un acto ilícito, como era la propia culpa, la ejecución de un hecho irrelevante jurídicamente para el contrato celebrado con aquél, y también todos los enseres útiles que le fueron tomados por la Mina Caparrosal o Socavón Molino, y también los intereses de dicha suma desde que fue recibida por la Nación hasta cuando se verifique la restitución respectiva".

En el libelo se proponen en calidad de subsidiarias otras dos peticiones, cuya trascripción se omite en razón de que prosperan las principales.

Tomados de la demanda se trascriben los **hechos** sexto y **décimo,** en su primera parte, pues allí se explica cuál es el error en que se basó la orden de suspender trabajos al contratista señor Castro.

"SEXTO—En desarrollo del contrato celebrado entre Francisco Castro y el Ministerio de Minas y Petróleos, y en virtud del cual se le hizo entrega de la zona que consta en el acta respectiva y conforme al plano levantado por el Ministerio en desarrollo de la Ley 72 de 1939 y del Decreto 461 de 1940, Castro empezó trabajos en las minas habiendo sometido previamente a la aprobación del Director de las Minas de Supía y Marmato los planos de tales trabajos y haber merecido ellos la aprobación del mencionado Director. Así permaneció trabajando por más de 32 meses, sin interrupción alguna y sin ser molestado por los contratistas del Sector o Zona minera Sur Inferior ni por la Dirección de Minas, o sea el representante del Estado. Pero al cumplirse este tiempo habiendo avanzado el contratista Castro en socavones en la guía principal 426 metros con un costo de más de diez mil pesos, los contratistas del grupo **Sur Inferior** enterados de que empezaba a encontrarse mineral en la referida guía, concibieron el plan de incluírla dentro de la zona de su contrato y es así como se presentaron ante el Director de las Minas, doctor Darío Uribe Angel a pedirle le impidiera al contratista Castro continuar trabajos. El funcionario requerido dictó la Resolución número 13 de mayo de 1943 por la cual dispone que el contratista Castro **se abstenga** de efectuar trabajos de explotación en la zona comprendida entre los niveles de Socavón y Molino y el piso o guía Caparrosal, zona que forma parte del sector grupo inferior (según lo dice textualmente dicha Resolución) y dispone la misma Resolución en caso de incumplimiento por parte de Castro que se le impondrán multas sucesivas de quinientos pesos sin perjuicio de proponer ante el Ministerio de Minas y Petróleos la caducidad del contrato; y también por la misma providencia se autorizó a los contratistas del grupo **Sur Inferior** a efectuar trabajos en la zona comprendida entre el nivel del socavón Molino y el nivel del piso de la guía Caparrosal".

"DECIMO — La Nación ha violado el contrato de arrendamiento con participación, celebrado con el señor Francisco Castro H. al inejecutarlo parcialmente en lo que mira a la mina Caparrosal o Socavón Molino, porque con los actos ejecutados por el director de Minas, empleado de aquélla y su representante en la ejecución de dicho contrato, ha impedido el goce del bien arrendado, incumpliendo así la obligación principal de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada. Y es responsable la Nación de dicho acto y debe indemnizar los perjuicios que con él se han causado a mi mandante, porque uno de sus representantes, el principal en este negocio, ha cometido un error al estimar que dentro de la alinderación por la cual le fue entregada la zona sur superior, no quedó comprendida la guía de Socavón Molino, y pretender entonces entregarle esa zona a persona distinta de la que tiene derecho a su goce y disfrute. Este error fue culpable, porque en la Dirección de Minas aparece el plano de las zonas en que fue dividido, lo que iba a ser materia de contratación, y conforme a éste, aparece claramente que no hay, como pretenden entenderlo, dos guías: la de Caparrosal y la de Socavón Molino, y que al señalar la primera no queda indicada la segunda, comoquiera que como se demostrará en el curso de este juicio, la mina de Caparrosal que fue la entregada, desde hace más de diez años sólo está explotándose por la guía conocida con el nombre de esa Mina y de Socavón Molino y, como es obvio, hace parte de ella y le pertenece. Este error es mucho más grave, cuando no existe más guía para acceso de explotación de la mina Caparrosal que el mencionado de Socavón Molino, y cuando es un hecho notorio que la única vía de transporte y comunicación es aquélla, una vez que la guía Caparrosal que seguramente existió hace treinta años, apenas constará en el mapa levantado en 1919, que, como se dijo, no sirvió de base para el contrato con Castro, pues dicha guía desapareció desde hace mucho tiempo y por ella ni se transporta, ni se ex-

plota ningún mineral. Más aún: es un hecho público y notorio que debido a la circunstancia de que no existe sino la guía de Socavón Molino en la mina Caparrosal, la mina de este nombre mantiene dos ahora: de Caparrosal o Socavón Molino, precisamente debido a dicho hecho. Si existieran o hubieran existido las dos guías a que se refiere el Gobierno en la Resolución del Ministerio de Minas, sería muy factible el error; pero como no han existido, es absolutamente culpable la Nación de la falta de sus empleados, porque ello indica que al presentar un plano diferente a lo que en el hecho resultaba, no obró aquél lícitamente, o sea con un móvil justo y tal como se había entendido y celebrado en el contrato. Y esto es más grave si se considera que existía un plano levantado con ocasión del contrato, y que el Director de Minas de Marmato **ocultó** para la Resolución del caso. No existiendo sino una sola guía, y habiendo adjudicado en arrendamiento la mina Caparrosal, aparece de manifiesto que hubo inejecución parcial del contrato de arrendamiento".

El señor Procurador Delegado en lo Civil contestó la demanda en representación de la Nación. Se opone a que se hagan las declaraciones solicitadas. Rebatiendo algunos de los hechos de la demanda, dice que no es cierto que se incurriera en error al dictar las resoluciones contra el señor Castro, como quiera que "existen dos guías perfectamente distintas: la de 'Caparrosal' y la de 'Socavón Molino'; son dos guías o socavones perfectamente identificables y no es posible, de buena fe, confundirlas", (contestación al **hecho noveno**); y al contestar el **hecho quinto,** manifiesta: "El Sector Sur Superior, a que se refiere el contrato celebrado con el demandante, tiene a su favor, evidentemente una servidumbre de tránsito por la galería llamada 'Socavón Molino' para transportar el mineral que se extraiga del nivel de 'Caparrosal' hacia arriba. Esto no implica que 'Socavón Molino' y 'Caparrosal' sean una misma cosa; por el contrario, son dos minas totalmente distintas e independientes. El derecho de servidumbre de éste sobre aquél no da derecho al arrendamiento del segundo para explotar el primero..... Por otro lado, en el contrato celebrado con el demandante Castro H. se delimitó con toda precisión y nitidez el sector concedido, sin que allí quedara comprendida la galería 'Socavón Molino' ".

La cuestión controvertida

La cuestión controvertida, hase reducido así a una pura cuestión de hecho muy sencilla.

En efecto, el demandante señor Castro sostiene que dentro de la Zona Sur Superior, que le arrendó el gobierno, está comprendida la mina de "Caparrosal" con la única guía o sistema de explotación conocida con este mismo nombre y también con el de "Socavón Molino". Que dicha mina de "Caparrosal" fue entregada al demandante por el nivel de "Caparrosal" o "Socavón Molino" entendiéndose por éste el único que existe hoy, como que el existente o conocido solamente con el primer nombre, situado algunos metros arriba del portal de la actual guía, desapareció hace muchos años antes del contrato de arrendamiento, de manera que por dicho sitio no se verificó ni la delimitación de las zonas **Sur Superior y Sur Inferior,** ni tampoco las entregas respectivas a los arrendatarios. Que por lo tanto, es manifiesto el error que se cometió al dictar las resoluciones el administrador de las minas de Marmato y el Ministerio de Minas y Petróleos, ordenándole suspender trabajos en una de las minas que le había sido arrendada, con lo cual se le causaron perjuicios que deben ser indemnizados por el arrendador.

La posición asumida por la parte demandada es contraria a la del demandante, y también clara y nitida. La Nación sostuvo antes y sigue haciéndolo en el juicio, "que el 'Socavón Molino' y la mina denominada 'Caparrosal' son dos cosas perfectamente distintas y, sobre todo, que el señor Castro no tenía derecho en virtud del contrato celebrado por él con el Gobierno Nacional, para explotar la zona comprendida entre los niveles del 'Socavón Molino' y el piso de la guía 'Caparrosal', por formar parte esa zona del sector grupo Sur Inferior y no del sector Sur Superior que fue el concedido en arrendamiento al demandante Castro H." (Del alegato del señor Procurador, fls. 49 y 50, C. Nº 1).

La realidad de los hechos

La Sala falladora, después del examen del expediente y análisis de las pruebas, ha llegado fácilmente a la conclusión de que las afirmaciones del señor Castro son las que corresponden a la realidad de los hechos. A esa conclusión se llega a través de los diferentes elementos del proceso,

que constituyen un conjunto armónico que aclara plenamente el hecho básico controvertido entre las partes.

En primer lugar y como prueba fundamental está la inspección ocular practicada personalmente por los Magistrados de la Sala, durante el término probatorio, en el propio terreno de la disputa, o sea en las minas de Marmato.

Durante esa inspección fueron interrogados varios testigos frente a la portada del socavón de la mina que el demandante señaló como la de Caparrosal o Socavón Molino. Son muy valiosos esos testimonios, cuyas partes esenciales se destacan a continuación:

El señor Carlos E. Ospina que fue el arrendatario del sector Sur Inferior, según aparece de la escritura número 70, otorgada en Bogotá el 26 de octubre de 1940, Notaría 4ª (fls. 14 a 19 C. Nº 2), como se ve, un mes después del contrato celebrado con el señor Castro, dijo:

"Desde cuando y por qué motivos conoce usted el lugar en que la diligencia se está practicando? El 20 de junio del año de 1934 vine a la Empresa de las minas de Supía y Marmato, que estaban arrendadas al doctor Roberto Luis Restrepo, como contador. A los pocos días me enteré de los nombres de las minas y entre ellas conocí la mina materia de este juicio y que se llamaba desde entonces "Caparrosal". En la administración del doctor Manuel Uribe Afanador me tocó actuar o hacer las veces de Administrador y dicha mina seguía distinguiéndose con el nombre arriba anotado de "Caparrosal". En el mes de octubre del año de 1940 tomé en arrendamiento con el señor Francisco García el sector denominado Sur Inferior, que se componía de las siguientes bocas-minas: 4.900, 5000, 5.100 y 5.200 hasta nivel de la mina "Caparrosal", por los siguientes linderos: Del piso de Socavón Molino o Caparrosal, siguiendo dicho nivel hacia el Sur hasta llegar a la quebrada "Cascabel"; por ésta abajo hasta ponerse a nivel de la guía 4.900; por este nivel hacia el Norte y pasando por el piso de dicha guía (4.900) hasta llegar al Canalón de la iglesia de Marmato; por éste arriba hasta ponerse a nivel del piso de la guía "Caparrosal"; y por este nivel hasta el piso de dicha guía, sin quedar con derecho de pasar le ahí para arriba. El contrato en referencia fue confeccionado en el año de 1940 y entregado por los señores doctores Gustavo White y Antonio G. Vieco. Estos doctores me hicieron la entrega en las mismas condiciones y en la misma forma en que lo venía explotando mediante permisos expedidos por el señor Administrador de las minas. Me consta asimismo que a los señores Maximino García y Francisco Castro H. les arrendó el Gobierno Nacional por conducto del doctor José Miguel Lizarralde, en el año de 1938, el sector Sur Superior del piso de Caparrosal o Socavón Molino para arriba hasta La Puerquera. Los referidos señores García y Castro trabajaron tranquila y pacíficamente hasta que vinieron los contratos por cinco años celebrados de acuerdo con la Ley 72 de 1939, entre los cuales figura el referente al sector minero denominado Sur Superior, que fue arrendado al señor Castro, cuya entrega le fue hecha por los doctores White y Vieco, de acuerdo con los linderos estipulados en la respectiva escritura y que fueron confeccionados con base en el plano levantado por la Planta Metalúrgica Nacional de Medellín. También me consta que en el referido sector de Caparrosal o Socavón Molino para arriba no existe más nivel ni guía con sistema de transporte decauville que la mencionada guía Caparrosal, siendo el caso de advertir que en el acto de la diligencia de inspección ocular practicada en el día de hoy por la H. Corte, se constató la existencia de una especie de bocamina de reciente construcción, situada como a 40 metros aproximadamente sobre la galería de Caparrosal, y acerca de la cual sólo hasta el día de hoy tuve yo conocimiento. Además, dejo constancia de que durante el tiempo en que fui arrendatario del sector Sur Inferior, siempre nos respetábamos mutuamente los respectivos linderos de las minas arrendadas, de tal suerte que el señor Castro no podía bajar del piso de Caparrosal o Socavón Molino, ni yo podía subir de esos pisos para arriba. En seguida el señor Magistrado Ponente formuló esta otra pregunta al declarante: ¿Con qué nombre ha conocido usted la bocamina o galería frente a la cual se encuentra en este momento el personal de la diligencia? El testigo respondió: La bocamina frente a la cual se encuentra el personal de esta diligencia la he conocido y la reconozco en estos momentos con el nombre de 'Caparrosal' o 'Socavón Molino' ".

"El señor Juan B. Vélez, dijo:

"Siendo administrador de las minas de Marmato el señor doctor José Miguel Lizarralde, fue tomado en arrendamiento por el señor Carlos Ospina el sector minero llamado Sur Inferior, y yo

trabajé como palanquero en dicho sector, a las órdenes del arrendatario señor Ospina. Desde ese año y por tales circunstancias conocí por observación personal y directa la galería denominada Caparrosal o Socavón Molino, perteneciente al sector minero llamado Sur Superior, y que es la misma que en la actualidad se encuentra arrendada al señor Francisco Castro, cuya entrega se la hicieron al arrendatario los doctores White y Uribe y Vieco. El señor Castro había venido trabajando la mina sin interrupción de ninguna clase, hasta que se presentaron los incidentes que dieron origen a este juicio. En seguida el señor Magistrado ponente preguntó al declarante: ¿Con qué nombre ha conocido usted la galería o bocamina frente a la cual se encuentra en éstos momentos el personal de la diligencia? El testigo contestó: Desde la época en que el sector minero Sur Superior se arrendó a los señores Maximino García y Francisco Castro, primero, y luego al señor Castro únicamente, la galería o bocamina frente a la cual se encuentra el personal de la diligencia, la he conocido y la conocen todos los que han tenido oportunidad de trabajar en esa parte de las minas de Marmato, con el nombre de 'Socavón Molino' o mina 'Caparrosal' ".

"El señor Maximino García declaró:

"Desde el año de 1932 conozco el sector minero de Marmato en que la diligencia se está practicando, pues en dicho año tomé en arrendamiento el sector minero que hoy se conoce con el nombre de Sur Superior, y el cual tenía como límite inferior la galería o bocamina denominada Caparrosal o Socavón Molino, que es precisamente la que ahora tiene a la vista el personal de la diligencia. El referido sector minero lo tomé en arrendamiento en compañía con otras personas de Riosucio, entre las cuales puedo citar a Pastor Restrepo y Enrique Moncada. Con ocasión del citado contrato de arrendamiento y para los efectos de la explotación de la mina, la compañía de que yo formaba parte ronstruyó la carrilera decauville de doscientos siete metros aproximadamente entre la bocamina Caparrosal y el molino denominado El Colombiano. La mina arrendada se nos entregó en el año de 1932 por la galería o bocamina de Caparrosal o Socavón Molino, como límite inferior de dicha mina, y por esa misma galería se me entregó la mina en el año de 1935, cuando celebré un nuevo contrato con el doctor Manuel Uribe Afanador, quien en esa época era arrendatario de todas las minas de Marmato, según contrato celebrado con el gobierno nacional. Me consta que en el año de 1940 tomó en arrendamiento la mina en referencia el señor Francisco Castro, y tuve la oportunidad de presenciar que este contratista utilizaba la galería de Caparrosal o Socavón Molino como límite inferior del sector minero Sur Superior. Dejo constancia de que desde el año de 1932, en que empecé a trabajar en las minas de Marmato, siempre he conocido la galería de Caparrosal o Socavón Molino como nivel inferior de la mina del mismo nombre, y que no tengo conocimiento de que exista o pueda existir otro nivel inferior de dicha mina distinto del que se conoce con el nombre de Socavón Molino o Caparrosal".

"El señor Abigaíl Estrada dijo:

"Por haber nacido en esta población de Marmato y estar dedicado a la minería desde hace unos catorce años aproximadamente, conozco por observación personal y directa las minas de Marmato y en particular el sector minero en que ahora se encuentra el personal de la diligencia. En cuanto a la galería, bocamina o nivel frente al cual se encuentra en estos momentos la H. Corte, la identifico como la que siempre se ha distinguido con el nombre de mina 'Caparrosal', y que desde hace varios años ha recibido también el nombre de 'Socavón Molino'. La carrilera decauville que acaba de recorrer el personal de la diligencia, partiendo del molino 'El Colombiano', es la que utiliza el contratista señor Francisco Castro para transportar el material extraído de las minas comprendidas dentro del sector Sur Superior hasta el referido molino. El señor Castro utilizó esa carrilera decauville para llevar al molino el mineral de aquellas minas, extrayéndolo del interior de la galería llamada 'Caparrosal' o 'Socavón Molino' ".

"El señor Rubén Castañeda dijo:

"Como natural que soy de Marmato y por haber trabajado desde niño en las minas de esta población, he tenido oportunidad de conocer sus principaler sectores mineros y en particular los arrendados al señor Francisco Castro, pues en ellos trabajé, como palanquero. 2º ¿En qué año, por cuales personas y por qué nivel inferior le fueron entregados al señor Castro los sectores mineros denominados Sur Superior? El declarante contestó: En el año de 1940 fui testigo presencial de la entrega que se le hizo al señor Francisco Castro de las minas del sector llamado Sur Superior, diligencia en que actuaron los ingenie-

ros doctores White Uribe, Garcés y Vieco. Yo presencié que la entrega en referencia se le hizo al señor Castro por la guía o nivel denominado mina 'Caparrosal', guía que se fijó como nivel inferior de los sectores mineros materia de la entrega. Desde la fecha de la entrega de aquellas minas estuve yo trabajando al servicio del señor Francisco Castro, hasta hace unos siete meses, durante los cuales he trabajado como palanquero en minas tomadas en arrendamiento por los señores Simeón Saldarriaga y Manuel Santamaría".

"Félix Giraldo dijo:

"Como natural que soy de Marmato y por estar trabajando aquí como minero desde hace unos ocho años, conozco las minas de esta población y en particular las arrendadas al señor Francisco Castro, pues en algunas de ellas he trabajado como palanquero. En la mina llamada 'Caparrosal' trabajé primero al servicio de los señores Maximino García y Francisco Castro, y después a las órdenes de éste último, cuando tomó esa misma mina en arrendamiento en el año de 1940. Yo presencié la entrega que de dicha mina se hizo al señor Castro, diligencia en la cual intervinieron los ingenieros doctores Vieco y Garcés, siendo administrador de las minas el doctor White Uribe. 2º ¿Por qué nivel inferior le fue entregada dicha mina 'Caparrosal' al señor Francisco Castro? El declarante contestó: En la entrega de dicha mina 'Caparrosal' figuró como nivel inferior la galería o guía conocida con ese nombre de 'Caparrosal' ".

Por último es valiosísima la declaración rendida en la diligencia por el doctor Gustavo White Uribe, quien fue director general de las minas de Marmato en el año de 1940, y en esa calidad intervino en la elaboración de los contratos de arrendamiento de los diferentes sectores en que las minas se dividieron e hizo la entrega correspondiente al señor Castro. Esta declaración confirma plenamente las de Rubén Castañeda y Félix Giraldo, acerca de que la entrega del sector Sur Superior se le hizo a Castro por el piso de la llamada por el demandado mina Socavón Molino y por el demandante también Caparrosal. El doctor White Uribe declaró:

"Es verdad que siendo yo Director General de las minas de Supía y Marmato, en el año de 1940, ordené el levantamiento de planos parciales de dichas minas y conocí los mapas levantados por la Colombian Mining y el plano topográfico levantado por la comisión de ingenieros de la Planta Metalúrgica Nacional. Al punto c) del mismo interrogatorio el declarante dijo: Es verdad que siendo yo el Director General de las minas de Supía y Marmato me correspondió darle cumplimiento a las disposiciones de la Ley 72 de 1939 en virtud de la cual se hicieron por la nación los contratos de arrendamiento de zonas o sectores mineros y que uno de esos sectores se le denominó Sur Superior, dentro del cual quedó comprendida la mina generalmente conocida con el nombre de 'Caparrosal' o 'Socavón Molino'; es igualmente cierto que para la delimitación de este sector se tomaron como base los niveles de las galerías o bocaminas llamadas 'Caparrosal' o 'Socavón Molino' para la parte inferior del sector y el piso del portal o bocamina de 'La Puerquera' para el límite superior, observando en este particular que a varios metros de altura del portal de la guía llamada 'Caparrosal' no existía en ese entonces ninguna otra bocamina por la cual se pudiera entrar al interior de la mina y que por la galería llamada 'Caparrosal' o 'Socavón Molino' existía en ese tiempo un servicio de transporte de minerales que conducía al Molino de 'El Colombiano', Molino o planta de beneficio que servía a ese sector y que tal sistema de transporte consistía en una carrilera decauville de doscientos metros de largo aproximadamente y que tal carrilera es la que se menciona en la diligencia de entrega del sector Sur superior. Al punto d) del interrogatorio en referencia el declarante expuso: Me consta que siendo yo Director de las minas de Supía y Marmato ordené a los señores ingenieros Antonio Vieco y Eduardo Alvarez, jefes de explotación externa e interna, respectivamente, que procedieran a la entrega formal de los sectores que el Gobierno Nacional había ordenado entregar a los arrendatarios de acuerdo con escrituras públicas que ya estaban en mi poder, lo cual se hizo de acuerdo con las actas respectivas, cuyas copias posee el Gobierno. Es igualmente cierto que dentro del sector delimitado antes se encuentra, entre varias, la mina conocida con el nombre de 'Caparrosal' o 'Socavón Molino' según consta en el plano levantado por la Planta Metalúrgica Nacional, plano que yo tuve en cuenta para la delimitación de los sectores que se iban a entregar".....

.....

."En cuanto a la entrega del sector Sur Superior, se hizo por el nivel de la galería conocida en el

plano de la Planta Metalúrgica Nacional con el nombre de 'Caparrosal' o 'Socavón Molino', por la sencilla razón de que a ese nivel ni a varios metros más arriba había ninguna galería con servicio de transporte de minerales que condujera directamente a las tolvas del molino 'El Colombiano' o planta de beneficio del sector que se le entregó al señor Francisco Castro. Dejo constancia que a ese nivel o a esa galería o bocamina se llegó y fue identificada en el curso de la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte en el día de hoy".

Y la declaración anterior también está confirmada por el acta de entrega del molino El Colombiano al señor Francisco Castro en desarrollo del contrato de arrendamiento con él celebrado. Esa diligencia que está firmada por los ingenieros de las minas Vieco y Alvarez Uribe, por el auditor fiscal José Manuel Franco, por el secretario de la dirección Gartner, por el contratista Castro y por el administrador de las minas doctor White Uribe, dice en lo pertinente:

"**Mina Caparrosal** — Un sistema de transporte desde la bocamina Caparrosal hasta el molino Colombiano de 207 metros en carrilera decauville y compuesto por: 1 coche de madera en buen estado con capacidad para ½ tonelada. 1 coche de lámina de hierro con capacidad para ¾ de tonelada. De acuerdo con la cláusula **Primera** del contrato celebrado entre el señor ministro de minas y petróleos y el señor Castro H. la presente acta-inventario hace parte de dicho contrato". (Fls. 17 v. y 18 del c. Nº 1).

La carrilera descrita fue la misma que se identificó en la diligencia de inspección ocular practicada por la Corte, de lo cual quedó constancia en el siguiente pasaje del acta: "Por una carrilera para **decauville** que parte del molino El Colombiano se llegó a la bocamina que según el demandante se llama Caparrosal o Socavón Molino. Allí se observó que la carrilera penetra en el socavón de la mina con inclinación suficiente hacia afuera para facilitar el movimiento de los carros cargados y el desagüe, el cual lo constituye una corriente de agua que corre en partes con alguna inclinación".

Con lo cual queda de manifiesto que la mina Caparrosal aludida en el contrato de arrendamiento con Francisco Castro, es la misma señalada por éste también con el nombre de Socavón Molino, identificada en la inspección ocular y de la cual se desprende la carrilera para el molino El Colombiano, pues cuando éste fue entregado al arrendatario, en ejecución de tal contrato, expresamente se indicó por los representantes del gobierno que hicieron la entrega que la mina Caparrosal es la mencionada, y no otra.

Pero es más: entre los planos examinados en la diligencia de inspección ocular, y que reposan en en las oficinas de la dirección de las minas de Marmato, siendo por lo tanto documentos de origen oficial, se vio, según reza el acta, "el topográfico de las minas nacionales de Marmato, levantado por la comisión de la Planta Metalúrgica Nacional, en abril de 1940 y que aparece autorizado por los ingenieros doctores Hernán Garcés, como director, Roberto Arango y Jesús Robledo y en que figuran delimitados los sectores de las minas". Un ejemplar de este plano se trajo a los autos y sirvió de base de orientación en la diligencia. Pues bien, allí se encuentra haciendo parte del SECTOR SUR SUPERIOR, la mina identificada en la diligencia designada expresamente con los nombres de "CAPARROSAL" o "SOCAVON MOLINO". Nótese que este plano fue levantado en abril de 1940, que los contratos de arrendamiento con Francisco Castro sobre dicho sector, y de Carlos Ospina y Francisco García sobre el sector SUR INFERIOR, fueron celebrados en los meses de septiembre y octubre del mismo año, y que el doctor Gustavo White, quien ejerció el cargo de administrador de las minas de Marmato por la misma época, ha declarado con testimonio irrecusable dada la categoría y autoridad del declarante, que él en tal calidad conoció el plano de que se trata, el cual, "yo tuve en cuenta para la delimitación de los sectores mineros que se iban a entregar", agregando también el dato de que "me correspondió darle cumplimiento a las disposiciones de la Ley 72 de 1939 en virtud de la cual se hicieron por la nación los contratos de arrendamiento de zonas o sectores mineros y que uno de esos sectores se le denominó SUR SUPERIOR, dentro del cual quedó comprendida la mina generalmente conocida con el nombre de Caparrosal o Socavón Molino".

Por último en abono de las afirmaciones del demandante, viene el dictamen pericial uniforme de los ingenieros de minas doctores Jesús Villada Gómez, Antonio G. Vieco y Felipe Hoyos, quienes acompañaron a la Corte en la diligencia de inspección ocular, en calidad de peritos de la nación, del demandante y tercero en discordia, respectivamente. Estos peritos después de examinar

los socavones de las minas, oír a los testigos y examinar los planos que se exhibieron en la inspección, explican satisfactoriamente el motivo para que la mina de Socavón Molino se llame también Caparrosal, desde mucho tiempo antes de la celebración del contrato de arrendamiento con el señor Castro. Se expresan así, en lo pertinente los peritos:

"Habiéndose fijado el nivel de 'Caparrosal' como límite entre el Sector Sur Superior y el Sector Sur Inferior, se hizo un amojonamiento superficial al nivel de la bocamina tapada de 'Caparrosal'. Pero como la bocamina de 'Caparrosal' se derrumbó hace muchos años y la galería entró en desuso, el nombre de Caparrosal siguió aplicándose a la guía 'Socavón Molino' sin que por esto desapareciera el nombre de "Socavón Molino'. Ampliando esto, decimos: **por 'Socavón Molino' se siguieron extrayendo los minerales de Caparrosal y también los de 'Socavón Molino'**; y como a la vista de las gentes, desapareció la guía de Caparrosal hace tantos años, los dos nombres siguieron aplicándose a una sola guía; solamente los conocedores de las interioridades de la mina sabían la verdad completa de esas cosas. En el plano de superficie de la Planta Metalúrgica de Medellín, levantado en abril de 1940, que sirvió para fijar los sectores, se puso 'Caparrosal' o 'Socavón Molino' a 'Socavón Molino'; pero en las carteras de campo de la Planta Metalúrgica, se hace referencia a las dos guías".

. . . . . .

. . . . . .

...Ahora, vista la realidad en el campo donde se trabaja, muestra que el alinderamiento por la vieja y tapada guía de Caparrosal, hubiera sido casi un absurdo. Esto explica porqué en los planos de superficie de la Planta Metalúrgica se alinderó por el nivel de "Socavón Molino", que figura en dichos planos como "Socavón Molino o Caparrosal". También en el plano de corte vertical de las vetas que muestra límites de sectores, este alinderamiento se hizo por el nivel de Socavón Molino. Algo más: al hacerse entrega a los arrendatarios del sector Sur Inferior, de los equipos, herramientas, enseres y minerales a que se refiere su contrato, los arrendatarios nada dijeron en reclamación por la no entrega de las carrileras de Socavón Molino ni por la mina misma, lo que da a entender que dichos arrendatarios no pensaron en la sección explotable por el "Socavón Molino". Basados en las anteriores consideraciones contestamos el cuestionario propuesto, así: al punto PRIMERO. **Hay dos guías diferentes** llamadas "Caparrosal" la una y "Socavón Molino" la otra; más, debido a que hace muchos años se derrumbó la boca de la guía "Caparrosal", a la guía "Socavón Molino" se le ha aplicado también el nombre de "Caparrosal". Al punto SEGUNDO. Al Molino El Colombiano **hay un sistema único de transporte** para los minerales de Socavón Molino y "Caparrosal". Este sistema de transporte está localizado por el nivel de Socavón Molino. b) Teniendo en cuenta los planos levantados por la Planta Metalúrgica de Medellín en abril de 1940, las guías Socavón Molino y Caparrosal están comprendidas dentro del Sector Sur Superior, puesto que la delimitación que en tales planos se hace de los sectores Sur Superior y Sur Inferior, aparece por el nivel de la guía "Socavón Molino o Caparrosal" y no de la guía "Caparrosal", puesto que ésta no aparece en los planos, aun cuando en las carteras se hace referencia a ella. Al punto TERCERO. De acuerdo con los planos aludidos y como puede deducirse del Acta de entrega a los señores arrendatarios del sector Sur Inferior, ni los minerales de Caparrosal ni los de "Socavón Molino" hacen parte del sector Sur Inferior. A la pregunta que la Honorable Corte se sirvió hacernos durante la diligencia en el terreno y que a la letra dice: "Si el piso o guía identificado sobre el terreno coincide o no con el que figura en el plano de 1940 con la denominación de Caparrosal o Socavón Molino, teniendo en cuenta para resolver este punto los datos que contengan las carteras de los trabajos de campo que sirvieron de base a los levantamientos de los planos y a la delimitación de los sectores confeccionados por los ingenieros de la Planta Metalúrgica Nacional". Contestamos: Sí coincide, aun cuando en las carteras de campo se hace referencia a otra guía llamada Caparrosal".

El señor procurador de la nación hizo declarar en el juicio a los testigos Vespasiano Olarte, Ramón Alzate, Jesús Cañaveral y Francisco Rodríguez (fls. 72 a 76 ibidem). Estos testigos afirman en síntesis que las minas de Caparrosal y Socavón Molino las han conocido como distintas, no pudiéndose confundir la una con la otra; y que la segunda es una guía que sirve de vía de transporte a los minerales que resultan de la primera.

Mas estas declaraciones no están en contradicción con las que trajo el demandante ni con el

dictamen pericial, si ellas se refieren a la época en que la bocamina de Caparrosal no se había derrumbado ni tapado, época anterior al contrato; pues luego es manifiesto que inclusive la dirección de las minas entendió que la mina Caparrosal era la misma de Socavón Molino, precisamente por la circunstancia que anota el testigo Olarte, a saber: "Como a unos quince metros de la galería Socavón Molino se abrió antes de esta otra galería o guía que se conoció con el nombre de Caparrosal la **cual quedó tapada y fue abandonada desde hace muchos años".**

El mismo funcionario alega que no importa que de acuerdo con los planos levantados en el año de 1940 por el gobierno las guías Socavón Molino y Caparrosal estén comprendidas dentro del sector Sur Superior, "pues no se trata de saber qué sector podría corresponder al grupo Sur Superior de conformidad con los citados planos de 1940, sino, precisa y concretamente, cuáles minas le fueron concedidas al demandante Castro en el contrato que éste celebró con el gobierno".

Este argumento es inadmisible, pues en el proceso aparece demostrado que el plano de 1940 sirvió de base para la delimitación de los sectores Sur Superior y Sur Inferior, arrendados a Francisco Castro y Carlos Ospina y otro respectivamente, y que en ese plano, que también se tuvo en cuenta para la entrega de dichos sectores a los arrendatarios, según lo declara el entonces administrador de las minas doctor White Uribe, la bocamina de Caparrosal es aquella por donde penetra la carrilera de transporte que conduce al molino El Colombiano.

En autos obra el documento privado de fl. 32, cuaderno número 2, con el cual se pretende demostrar que son cosas distintas la mina Caparrosal y la de Socavón Molino. Tal documento es un contrato privado celebrado entre los señores Francisco Castro y Juvenal Gallego, el 11 de mayo de 1939, aprobado por el entonces administrador de las minas de Marmato, doctor José Miguel Lizarralde, por medio del cual los contratistas llegan a un acuerdo sobre la explotación de la mina Caparrosal. Pero de ese documento no aparece nada en claro, y más bien refuerza la teoría contraria a la que se pretende deducir, pues se menciona la boca de Socavón Molino, pero como parte integrante de la mina Caparrosal, pues el contrato se refiere en general a la explotación de esta mina, haciendo referencia a varios sectores, como pertenecientes a las minas.

Además el documento es de mayo de 1939; y el contrato de Castro con la nación celebróse el 20 de septiembre de 1940. Ahora no hay duda ya de que de acuerdo con los antecedentes y la letra misma de este contrato, el lindero del sector Sur Superior, va por el piso de la galería de donde arranca la carrilera que transporta los minerales al molino El Colombiano, o sea Caparrosal o Socavón Molino.

De lo expuesto se concluye claramente que las resoluciones dictadas por el administrador de las minas de Marmato, confirmadas por el ministerio de minas y petróleos, mencionadas al principio de este fallo, violan y desconocen el contrato de arrendamiento celebrado con el demandante Francisco Castro, quien como está visto tiene derecho a la explotación de la mina Caparrosal o Socavón Molino, sin embargo de lo cual se le prohibió dicha explotación y se le impusieron multas. Esta conducta irregular de los funcionarios compromete gravemente los intereses de la nación, pues por su virtud tiene que indemnizar satisfactoriamente al demandante.

Como se acogieron las peticiones principales no hay lugar a decidir nada sobre las subsidiarias.

INDEMNIZACIONES

La nación debe ser condenada a restituír el valor de las multas que le impuso al señor Castro, más el interés legal de esas sumas, desde que fueron pagadas, como quiera que están sin causa legal en su poder.

Y en cuanto al pago de perjuicios se tiene:

A los peritos que intervinieron en la inspección ocular pidióseles concepto por el demandante sobre el valor de los perjuicios que sufrió, teniendo en cuenta la suspensión de los trabajos a que fue obligado en la mina Caparrosal o Socavón Molino. Los peritos avaluaron estos perjuicios en la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000), pero agregaron que ese justiprecio lo hacían en conciencia, porque carecían de elementos para fundar sus cómputos.

La conclusión anterior del dictamen pericial se traduce en que en la sentencia, a falta de una condena en concreto sobre el valor del daño, se tenga que remitir a las partes al incidente de li-

quidación previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

Mas el que los peritos no hayan podido dar conclusiones fundadas al respecto, por falta, en su opinión, de normas y de datos concretos en el expediente, no autoriza la absolución del demandado. Pues fuera de que eso sería anormal ante el hecho de la paralización de los trabajos en la mina dos años y ocho meses después de haberse iniciado, lo cual es por sí mismo revelador de perjuicios, comoquiera que en tales circunstancias lo natural es que se produjera daño emergente, consistentes en las pérdidas inmediatas que al arrendatario le acarreó la orden de suspensión, y lucro cesante, proveniente de las ganancias o utilidades que en adelante dejó de reportar; el artículo 480 del Código Judicial dispone que cuando no sea posible establecer en la sentencia las bases de la liquidación de perjuicios, se hace siempre la condena.

De manera que la circunstancia de que el expediente no dé asidero a fijar, por el juez, las bases de liquidación, no impide la condenación a pagar perjuicios en abstracto, cuando como en el presente caso el daño económico fluye naturalmente, sólo que no se conoce en su cuantía. Sería realmente excepcional que no se le causaran perjuicios de orden patrimonial al arrendatario que estando por años en el goce de su derecho, derivado de un contrato, que ha celebrado y mantenido en vigencia con algún fin de utilidad o ganancia, vése de un momento a otro privado de parte importante de la cosa arrendada, por obra del arrendador.

Cuando la sentencia no señala bases concretas de liquidación del perjuicio, corresponde al demandante determinarlas en la demanda del posterior incidente de liquidación. Incidente que tiene su término probatorio cuando esa demanda es impugnada en todo o en parte por el demandado, con el fin de habilitar al juez para fijar el importe de la condena con pleno conocimiento de causa, "en vista de lo alegado y probado".

SENTENCIA

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, FALLA:

1º La nación es responsable y debe pagar los perjuicios causados a Francisco Castro, con la inejecución parcial del contrato de arrendamiento contenido en la escritura pública número 2.803 de 20 de septiembre del año de 1940, otorgada en la notaría cuarta del circuito de Bogotá, sobre arrendamiento del sector SUR SUPERIOR de las minas de Marmato, consistente esa inejecución en la orden que recibió el contratista de la entidad arrendadora de suspender la explotación de la mina Caparrosal o Socavón Molino, perteneciente al mencionado sector. Estos perjuicios se liquidarán por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

2º Condénase a la nación a devolver inmediatamente al señor Francisco Castro la cantidad de DOS MIL PESOS ($ 2.000) moneda legal, que le impuso como multa en las resoluciones del administrador de las minas de Marmato, de que se hizo mérito en el curso de esta sentencia, más los intereses legales de esa suma desde el día en que la recaudó hasta el día en que la devuelva.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Miguel Arteaga H. — Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock—Isaías Chaves—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

I N D I C E

Págs.

SALA DE CASACION CIVIL

Pago de jornales.—Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 12 de agosto de 1944, en el juicio ordinario de Roberto Echeverría contra Gerardo Reyes, por suma de pesos. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 573

Acción reivindicatoria. — Hechos de la demanda. Acta de remate.—Buena fe.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 28 de octubre de 1943, dictada en el juicio ordinario de Abelardo Archila y Luis Convers, Síndico Tesorero y Vicepresidente del Instituto Homeopático "Luis G. Páez", respectivamente, contra Victoriano Monroy.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 576

Acción petitoria de indemnización de perjuicios. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 6 de junio de 1944, en el juicio ordinario de Federico y Eduardo Díaz Ospina y Luis Eduardo Díaz, y otros, contra The Anglo South American Bank Limited. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 581

Reivindicación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga el 24 de marzo de 1944, en el juicio ordinario de Gentil Pérez contra Jesús Arango y otros.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 585

Acción petitoria de pago de perjuicios por los actos de usurpación de una marca de fábrica.— No prospera el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de fecha 5 de mayo de 1944, en el juicio ordinario de Carlos Higuera R. contra Arturo Schneider.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 590

Declaración de deserción del recurso de casación. No se estima oportunamente fundado el interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de 28 de junio de 1944, en el ordinario de Gilberto Alzate Avendaño contra Ernesto Garcés. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 593

Págs.

Ganancias—Hijuela de deudas que debe formar el partidor.—Se infirma parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, de 9 de febrero de 1944, en el juicio de sucesión de Faustino Santamaría—Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 593

Aclaración de la anterior sentencia. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 597

Acción para el pago de una suma de pesos.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 19 de abril de 1944, en el ordinario de José Vicente Bernal contra Joaquín Reyes. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 599

Transacción.—Se revoca la sentencia de primera instancia, y se casa la de segunda dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 23 de julio de 1943, en el juicio sobre cumplimiento de un contrato e indemnización de perjuicios instaurado por Mercedes Susana Jimeno v. de Escobar y Josefina Jimeno v. de Ponce de León contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 604

Acción petitoria de indemnización de perjuicios por accidente de tráfico.—No prospera el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 26 de mayo de 1944, en el juicio de Orosia Gutiérrez contra Abraham Benito. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 611

Acción petitoria de pago de una suma de pesos.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta dictada el 23 de marzo de 1944, en el juicio ordinario seguido por Angelina Carrascal de Arévalo contra Elio Navarro. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca... 617

Acción petitoria de pago de perjuicios.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 10 de marzo de 1944, dictada en el juicio seguido por los esposos José Joaquín Franco y Filomena Castrillón contra el Muni-

Págs.

cipio de San Roque.—Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 622

Perjuicios.—No casa la Sala la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de 31 de marzo de 1944, en el juicio de la señora Margarita Hoyos de Uribe contra el general Víctor Manuel Salazar. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 624

Admisibilidad del recurso de casación en un caso especial de coadyuvación litis-consorcial en que el desistimiento del recurso por una de las partes no perjudica a la coadyuvante.—Se ordena seguir con la parte coadyuvante el trámite del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de julio de 1944, en el juicio ordinario de la Compañía de Mosaicos Hidráulicos, S. A. contra Jesús María Tobón, sobre resciliación de un contrato.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 630

Perjuicios.—Prueba testimonial.—Responsabilidad por el hecho ajeno.—Prospera el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada el 22 de junio de 1944 en el juicio de Rafael Monsalve y Rosa Amelia Suárez contra el Municipio de Bello.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 633

Acción de nulidad de una sentencia.—No se casa la sentencia de 8 de octubre de 1943 del Tribunal Superior de Tunja, dictada en el juicio de Jorge, Eliecer, Luis Carlos y José María Silva Salazar contra Gregoria Peña.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 636

Vicios redhibitorios.—Prueba pericial. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de fecha 3 de diciembre de 1943, en el juicio ordinario del Presbítero Juan N. Barrera contra Francisco Rojas S. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 638

Acción petitoria de pago de perjuicios.—"Reformatio in pejus"—Prueba pericial.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 9 de diciembre de 1943, en el juicio seguido por los herederos de Pedro A. López contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 645

Reivindicación de una finca raíz vendida por el marido antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932.—Se infirma parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Buga, dictada el 14 de febrero de 1944 en el juicio de Pureza Giraldo contra Milcíades Mora. — Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango..... 653

Págs.

Acción de nulidad de un contrato por simulación y de restitución.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 13 de diciembre de 1943, en el juicio ordinario de José Joaquín Varela contra Paula Alvarez—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 657

Usucapión entre comuneros.—Posesión del comunero—No se casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictada el 15 de marzo de 1944, en el juicio ordinario de Emilia e Isabel Mazuera contra Adela Communay y Ernestina Rojas.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 660

No se ordena cumplir una providencia extranjera. No se accede a lo pedido por la señora Sofía Sáenz Lara, sobre cumplimiento de un auto dictado por un Juez de Costa Rica. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 666

Perjuicios.—Culpa.—Daño.—Actividades peligrosas. Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 24 de julio de 1944, en el juicio de Juan de Dios Loaiza y Ramona Vargas contra la Compañía Eléctrica Industrial del Quindío. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 668

Acción petitoria de pago de perjuicios por el abandono de un juicio por el apoderado judicial. No se accede a casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 31 de marzo de 1944, en el juicio de Ernesto Duque Lince contra Ricardo Gutiérrez Mejía. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca..... 672

Acción de nulidad de una escritura y de reivindicación. — Interpretación de la demanda. — No prospera el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 16 de mayo de 1944, dictada en el juicio ordinario de Francisca del Castillo de Peñuela contra Josué Peñuela, Cornelio Fonseca Matéus y José Vicente Peñuela.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 677

Acción de nulidad de un contrato y de reivindicación.—No se casa la sentencia que el 9 de febrero de 1944 dictó el Tribunal Superior de Pereira en el juicio de Mercedes Alzate de Barahona contra Cruz Camacho Fajardo, Pascual Alzate y otros. — Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 681

SALA DE CASACION PENAL

Recurso de hecho por negativa de casación.—Se inhibe la Corte de conocer del recurso de hecho interpuesto por Arturo Marín contra la sen-

Págs.

tencia del Tribunal Superior de Cali que lo condenó a veinte años de presidio por el delito de homicidio. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 684

Error relativo a la época del delito y su prueba. No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 10 de septiembre de 1943, que condenó a Juan Lorenzo o Lorenzo Molina a la pena de quince años de presidio por homicidio cometido en Jaime Agudelo, en Otramina, Municipio de Titiribí, Antioquia. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno... 685

Norma de apreciación de los indicios.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Samuel Triana a seis años de presidio por robo a María Leocadia Reyes en Guarigua, San Gil, Santander.—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno..... 689

La pericia médico-legal como fundamento de la revisión. — Se niega la revisión interpuesta por Lázaro López Mejía contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que lo condenó a un año de presidio por lesiones personales causadas a Francisco Osorio.—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 691

Confesión del procesado.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Popayán de 1º de diciembre de 1943, en que se condena a Angel Muñoz Recalpe a 18 meses de presidio por las lesiones personales inferidas a Fernando Chicangana. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 693

Aclaración de la sentencia del 24 de noviembre de 1944 (G. J. Nº 2016, pág. 272).—La Corte aclara que es condicional la condena recaída en Ciro Alvarez. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Jordán Jiménez 695

La violación de la ley penal no está erigida en causal de revisión.—Se niega la revisión de la sentencia del Tribunal Superior de San Gil por la cual se condenó a Luis José Roa Solano a veinte meses de arresto por el delito de fuga de la cárcel de Zapatoca. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno..... 697

Causal 2a de casación en materia criminal.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, que el 22 de mayo de 1942 condenó a Anatolio Cañizares a 19 años y medio de presido por la muerte de Roque Sánchez.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo.. 699

Requisitos esenciales de la legítima defensa.—Diferencia entre ésta y la provocación.—Circunstancias agravantes.—No se invalida la sentencia de 29 de marzo de 1943, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, que impuso a Santiago Ochoa nueve años de presidio por homicidio en Francisco Sánchez Perdomo. — Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez.. 701

La jerarquía militar y la competencia de la Corte.—Se inhibe la Corte para conocer del proceso iniciado contra el Mayor Hernando Rojas Martínez por responsabilidad en el incumplimiento de una orden de detención.—Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno..... 706

El principio NON BIS IN IDEM en materia penal.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que el 16 de abril de 1943 condenó a José Antonio Prada a 18 años de presidio por el homicidio perpetrado en Marco Antonio Suárez. — Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno 707

Homicidio.—Asesinato.—No se accede a invalidar la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada el 20 de junio de 1944, en que se condenó a Adán Tolosa a ocho años de presidio por el homicidio cometido en Elena Meneses. Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 710

Notificación del auto de proceder.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Cali de 17 de noviembre de 1942, que señaló a Lubín Marín quince años de presidio por uxoricidio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 712

Homicidio.—Causal 2ª de casación.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que el 17 de mayo de 1944 condenó a Vicente Antonio Gómez a cuatro años de presidio por haber dado muerte a José Joaquín Cárdenas. — Magistrado ponente, doctor Jorge Gutiérrez Gómez 715

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Aviso de exploración de petróleos—Determinación de tierras.—Su explotación económica.—Se declara fundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia para explorar y explotar petróleo de propiedad privada en la finca "San Rafael", Municipio de El Espinal, Tolima. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 719

Presunción de culpa. — Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá que absolvió a la Nación de los cargos formulados en la demanda de la señora Florencia Córdoba v. de Abadía, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos, sobre respon-

Págs.

sabilidad civl en la muerte trágica del Capitán de la Aviación Nacional César Abadía.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 730

Indemnización de perjuicios por accidente de trabajo.—Se revoca el auto en que el Tribunal de Bogotá desechó la demanda presentada por el señor Teófilo Peña contra la Nación, y se ordena admitirla y darle el trámite correspondiente al juicio ordinario.—Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 747

Incidente de excepciones. — Se decide la competencia negativa provocada por el Tribunal Seccional Administrativo de Bogotá al Tribunal Superior de Bogotá, en relación con el incidente de excepciones en el juicio ejecutivo del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Lorenzo A. Guarnizo.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 750

Se confirma la sentencia que decretó una pensión.—La del Tribunal Superior de Santa Marta que el 25 de agosto de 1944 decidió la solicitud de pensión nacional presentada por los hijos del doctor Juan B. Cormane.—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock..... 751

Competencia para el conocimiento de acciones contra el Estado en juicios referentes a petróleos.—Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Bogotá que rechazó la demanda formulada contra la Nación por la Empresa Agrícola de Santander, S. A., sobre la propiedad privada de los terrenos petrolíferos de "La Polonia" y "Puerto Wilches", Municipio de Puerto Wilches, Santander.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 754

Indemnización de perjuicios por accidente ferroviario.—Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 5 de octubre de 1942, en el juicio ordinario instaurado por Hernando Castillo y María Reyes Segura de Castillo contra la Nación, por la muerte trágica de su hijo Rosendo Castillo en accidente ferroviario.—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock.. 761

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán y Arturo Tapias Pilonieta 773

Se declara que no hay lugar a la aclaración solicitada.—No se aclara el fallo de 28 de junio de 1944 (G. J. 2010 a 2014, pág. 871), en el juicio de Raimundo Moreno López contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 776

Acción de dominio.—Prescripción.—Confírmase la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada el 13 de octubre de 1943, en el ordinario de María Jesús v. de Saldarriaga contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 777

Oposición a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos.—Declárase infundadas las oposiciones de Josefina A. Vargas de Arana y el Hospital de Guaduas a la propuesta de contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional presentada por la Caldas Petroleum Company, sobre los terrenos petrolíferos de Yacopí, Caparrapí, Puerto Liévano y Guaduas, Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.... 781

Acción petitoria de indemnización de perjuicios. Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla de 17 de mayo de 1943, en el juicio ordinario del doctor Arnaldo Donado A. contra el Departamento del Atlántico.—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock..... 787

Pensiones a funcionarios de la Rama Judicial.— Se confirma el fallo dictado por el Tribunal Superior de Pereira el 27 de julio de 1944, que negó a Jorge Sanint Mora una pensión de jubilación. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 797

Acción petitoria de indemnización de perjuicios.- Presunción de culpa en el ejercicio de actividades peligrosas.—Se revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales el 19 de octubre de 1942, en el juicio seguido por la Compañía de Tranvías de Pereira contra el Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock..... 800

Acción petitoria de declaración de dominio sobre tierras baldías. — Se absuelve a la Magdalena Fruit Company de los cargos formulados en la demanda presentada por la Nación ante el Tribunal Superior de Santa Marta, sobre dos globos de terreno ubicados en la región de Tucurinca, Departamento del Magdalena. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 809

Cesantía de los miembros del Poder Judicial.— Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Ibagué de 25 de octubre de 1943, sobre la demanda de Alfonso Bonilla V. contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Miguel Arteaga H. 818

Acción petitoria de indemnización por culpa contractual. — Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Manizales fechada el 12 de noviembre de 1942, en el juicio seguido por los menores María Aurora, Tomás Emilio, Ana Jesús y José Libardo García, representados por

Págs.

el doctor Francisco José Ocampo, como curador **ad-litem**, contra el Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, doctor Víctor Cock. 822

Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.—Se revoca el auto dictado por el Tribunal Superior de Pereira el 15 de marzo de 1944, sobre el incidente de nulidad del juicio seguido por las señoras María Ramírez v. de Suárez y Elisa Suárez Ramírez contra la Nación, sobre la propiedad de un globo de terreno ocupado por el Ferrocarril del Pacífico.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 828

Salvamento de voto del Conjuez doctor Miguel Aguilera 832

Acción petitoria de indemnización de perjuicios por accidente ferroviario.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada el 10 de julio de 1943, en el juicio de Roque Valero Cruz contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 834

Págs.

Pensión de jubilación por causa de incapacidad total para el trabajo a un miembro de la Rama Jurisdiccional. — Se reforma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que decretó la pensión solicitada por el doctor Julio Ernesto Forero.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 839

Liquidación de perjuicios. — Se reforma el auto dictado por el Tribunal Superior de Bogotá que fijó el monto de la indemnización debida por la Nación al señor Darío Orozco Rendón, por las lesiones sufridas en el accidente de Santa Ana. — Magistrados ponentes, doctores Aníbal Cardoso Gaitán y Miguel Arteaga H. 842

Salvamento de voto de los doctores Aníbal Cardoso Gaitán e Isaías Chaves-..... 852

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Se accede a lo pedido en la demanda presentada ante la Sala de Negocios Generales de la Corte por el señor Francisco Castro contra la Nación, sobre inejecución parcial de un contrato de arrendamiento de las minas de Supía y Marmato, Sector Sur Superior.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 855

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIGNATARIOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DESDE EL 1º DE MAYO DE 1946

Presidente: Doctor ANIBAL CARDOSO GAITAN

Vicepresidente: Doctor JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA

Secretario: Doctor PEDRO LEON RINCON

SALA DE CASACION CIVIL

Presidente: Doctor PEDRO CASTILLO PINEDA

Secretario: Doctor PEDRO LEON RINCON

SALA DE CASACION PENAL

Presidente: Doctor AGUSTIN GOMEZ PRADA

Subsecretario: Doctor JULIO E. ARGUELLO R.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Presidente: Doctor RAMON MIRANDA

Secretario: Doctor NICOLAS LLINAS PIMIENTA

Relator: Doctor JULIAN MOTTA SALAS

CON ESTE NUMERO TERMINA EL TOMO LVIII

DE LA "GACETA JUDICIAL"

TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA—BOGOTA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

TOMO LVIII — BOGOTA, 1948 — NUMERO 2017

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LVIII.

POR

JULIAN MOTTA SALAS
RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

— A —

ABUSO DE AUTORIDAD

— 1 —

Tanto por omitir, como por rehusar, como por retardar lo que es de su incumbencia, un funcionario se hace responsable. No es lo mismo omitir (dejar de hacer una cosa) y retardar (diferir), que rehusar (no querer hacer una cosa). El funcionario que retarda u omite despachar los asuntos a su cargo es un empleado inconveniente. Pero en uno o en otro caso está faltando al cumplimiento de un deber, aunque con diverso procedimiento, pues en la omisión o en el retardo influye la falta de diligencia o de actividad; y en el rehusar concurre la obstinación o la rebeldía. Pero la consecuencia es igual. Por eso dispone la ley para cualquiera de esos casos una misma sanción. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2016, octubre 30 de 1944). 263, 2ª

ACCION EXHIBITORIA

— 2 —

El artículo 39 del Código de Comercio no puede aplicarse en forma mecánica, sin discriminación de ninguna especie, sino que, como otras normas similares, debe fundarse en un criterio analítico. Así, por ejemplo, como lo tiene establecido esta corporación, para aplicar la sanción que establece el artículo 351 del Código Judicial por el no suministro de papel, es necesario un requerimiento previo, aunque la ley no lo establece. Analizada detenidamente la norma del artículo 39 del Código de Comercio, se llega a la conclusión de que la sanción que ella indica no puede imponerse en primer término sino mediante la acción exhibitoria correspondiente y esto lo corroboran los artículos 56 y 57 de la misma obra. Pueden presentarse los libros sin que se haga uso de esa acción, pero ya no por orden judicial, sino por voluntad de los comerciantes, partes en el juicio, y éste es el principio en que se funda el artículo 45

de la obra citada. La exhibición de los libros de un comerciante está limitada a los asientos que tengan relación necesaria con la cuestión que se agita y la inspección precisa para establecer el hecho o la prueba que pretende obtener quien la pide, es limitativa y taxativa según el texto claro del artículo 57 del Código de Comercio. Cuando un comerciante exhibe voluntariamente sus libros y el otro no procede así, el Tribunal puede fundar su resolución sobre esos hechos, atendidas las circunstancias del caso (artículo 45 ibidem), y ésta es una norma meramente potestativa. Cuando se trata de la acción exhibitoria y fallada ésta, el comerciante no exhibe sus libros o los oculta, o resulta que no los ha llevado todos o no los ha llevado debidamente, se imponen las sanciones del artículo 39 citado, entre otras la de ser juzgado por los asientos de los libros de su contendor. Pero esta sanción no puede imponerse sino cuando ha precedido la acción exhibitoria. Esa sanción debe ser conforme o relativa a la intención predominante de quien solicitó la exhibición y de acuerdo con los hechos que intentó demostrar mediante ella. (Casación, LVIII, Nº 2016, nóviembre 30 de 1944). .. 157, 1ª y 2ª

ADJUDICACION DE BALDIOS

— 3 —

La resolución administrativa que dicta el Organo Ejecutivo para declarar cumplida y exenta de la condición resolutoria una anterior adjudicación de baldíos, no requiere para pronunciarla que se abra un proceso administrativo con audiencia de partes, que en realidad no existen. Basta con que el adjudicatario demuestre que en los diez años subsiguientes a la adjudicación cumplió dicha condición y ocupó el baldío con cultivos o pastos para ganados, en la medida y condiciones exigidas por las disposiciones fiscales (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944). 121, 1ª

ADUANAS Y SU SERVICIO

— 4 —

El Estado siempre es responsable por la culpa de sus agentes en el desempeño de sus funciones con ocasión de la prestación del servicio de aduanas. Este principio, que tiene su base en las disposiciones pertinentes del Código Civil y de Comercio, vino a consagrarlo en forma especial y expresa el artículo 55 de la Ley 79 de 1931.

En el caso del proceso se ha sugerido que de haber ocurrido la avería, los dueños del cargamento pudieron evitarla mediante la entrega provisional de aquél. Este medio, no establecido legalmente sino, a lo que parece, por una costumbre aduanera, no es precisamente obligatorio por parte de los interesados para obviar los daños que puedan sufrir sus mercancías. El llamado "barbeo", destinado a facilitar la salida preferencial, a juicio del importador, de determinada mercancía, hace por otra parte, más onerosa su condición, pues le impone mayores gastos; y lo corriente es que desde el momento en que el Estado recibe las mercancías importadas, para su propio beneficio, pues lo hace con el único fin de controlar para liquidar los derechos de importación, se hace responsable como depositario que es de todo daño sufrido en ellas, por culpa, negligencia o descuido de sus agentes. Los depositantes pueden estar tranquilos a este respecto. La única obligación de ellos es la de pagar los derechos de aduana cuando la Administración les pase la respectiva liquidación, pero no inmediatamente si no están en posibilidad de hacerlo, pues la Ley 59 de 1917, en su artículo 2º, les concede un plazo de seis me-

ses para retirar las mercancías, contados desde la fecha en que quedan reconocidos y pagados los derechos correspondientes. Es decir, que durante esos seis meses pueden los importadores pagar los impuestos y luégo retirar las mercancías.

La acción de perjuicios por avería de mercancías no prescribe por la vía ordinaria sino en un lapso de veinte años. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, octubre 19 de 1944)..... 529 y s. s.

AMISTAD INTIMA COMO CAUSAL DE RECUSACION

— 5 —

La amistad íntima que el estatuto procesal penal fija, como causal de recusación, es la que liga al Juez o Magistrado con alguna de las partes o con su apoderado o defensor.

La amistad íntima entre el Magistrado y los familiares de un procesado, entre los cuales está su escribiente, no está señalada como causal de recusación. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2016, noviembre 6 de 1944)..... 358, 2ª

APLICACION DE LA SANCION

— 6 —

El criterio de la aplicación de la sanción no comprende únicamente las circunstancias de peligrosidad, sino también la gravedad y modalidades del delito, su motivo determinante y la personalidad del infractor. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 27 de 1944)..... 375, 2ª

APRECIACION DE LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD EN JUICIOS POR JURADO.

— 7 —

En los juicios por Jurado la apreciación de la prueba de la responsabilidad, ya sea testimonial o de otro orden, le corresponde a los Jueces de conciencia quienes, como es obvio, no aplican reglas generales o especiales imperantes en la crítica jurídica. Ellos no estiman los elementos del proceso siguiendo determinado método, ni el convencimiento que en uno u otro sentido se formen puede ser objeto de explicación, ni ésta pedírseles. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 25 de 1944)..... 260, 2ª

ARTICULOS 173 y 252 DEL CODIGO JUDICIAL, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES.

— 8 —

De que el artículo 139 de la Constitución exprese que a los funcionarios del Ministerio Público corresponde defender los intereses de la Nación no se sigue que tales funcionarios no representen en la forma que lo dicen el artículo 138 de la misma Carta y las leyes respectivas a los Departamentos y Municipios. Con relación a éstos opera, pues, hasta hoy, la misma regla general del artículo 138 de la Carta, y es en este sentido como hay que entender y aplicar los artículos 173 y 252 del Código Judicial acusados: el Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados en juicio sino por los respectivos agentes del Ministerio Público, salvo los casos contemplados en dicho artículo 173, casos excepcionales en que pueden hacerse representar por medio de abo-

gados, mediante la celebración del contrato respectivo.

En tales casos no puede decirse, propiamente, que estos abogados obren como agentes del Ministerio Público, sino, simplemente, como mandatarios a nombre de la Nación, el Departamento o el Municipio en esos casos determinados, pues la calidad de "funcionarios' de que trata el artículo 138 de la Constitución para que tuvieran la de agentes del Ministerio Público en esos casos, ni la tienen por razón de su encargo ni puede venirles sino de disposiciones de la ley, las cuales no son las de los artículos 173 y 252 del Código Judicial tanto por razón de la naturaleza de las funciones especiales que en esos casos excepcionales se les encomiendan contractualmente, como por lo que expresa el artículo 5º del Código Político y Municipal, que define quiénes son funcionarios o empleados públicos. (LVIII, Nº 2016, Sala Plena, noviembre 9 de 1944) 16, 2ª

ASOCIACION PARA DELINQUIR

— 9 —

No debe confundirse el delito específicamente llamado por el Código Penal "asociación o banda" para delinquir (artículo 208), con la simple coparticipación en el delito. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944). 340, 1ª

AUDIENCIA

— 10 —

La Corte ha expresado en varias sentencias que es motivo de nulidad la celebración de la audiencia sin que el procesado esté asistido por un defensor, "al menos cuando éste haya omitido el cumplimiento de ese deber por grave causa, que sea excusa legal". (Casación, LVIII, Nº 2016, septiembre 7 de 1944). 295, 1ª

AUDIENCIA

— 11 —

Que el acta de las audiencias se agregue al expediente tan pronto como ellas se celebren o más tarde, cuando salga la sentencia, no es hecho conducente a fundar la causal de casación por nulidad del procedimiento, pues tal retardo no figura entre los motivos de nulidad taxativamente enumerados por la ley. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944). 336, 2ª

AUTO DE PROCEDER

— 12 —

El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no ordena que en la parte resolutiva se determinen o individualicen el procesado y el ofendido, ni que se precisen el sitio y la época de la comisión del delito, aunque generalmente así lo hacen los Jueces, y es conveniente y aconsejable esa práctica. Dispone sí dicho artículo que en la parte motiva se haga una sucinta narración de los hechos, indicando los nombres de los procesados, sus apodos y sobrenombres, su edad, estado, naturaleza, domicilio, oficio o profesión, si fueren conocidos. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 24 de 1944). 273, 1ª

AUTO EJECUTIVO

— 13 —

Para los fines del cobro ejecutivo de una deuda no puede hacerse una asimilación perfecta entre un Departamento, subdivisión político-administrativa del Estado, y un sim-

ple particular. Se justifica que cuando se trata de un particular pueda librarse el mandamiento de pago por la vía ejecutiva con base sencillamente en los documentos que indican la existencia de la deuda con las características ordinarias para su cobro por la expresada vía de ejecución (artículo 982 del Código Judicial). En cambio, cuando el ejecutado es un Departamento, sobre la base de una condenación fundada en los preceptos del Código de lo Contencioso-Administrativo, y merced al contenido del artículo 122 de dicho Código (Ley 167 de 1941), hay lugar a comprobar previamente que por parte del Departamento respectivo se cumplió con lo establecido en tal disposición legal; o al menos que se han hecho en debida forma, y por parte del interesado, las gestiones del caso para lograr ese cumplimiento sin conseguir el correspondiente resultado dentro de la debida oportunidad, y por renuencia de la entidad pública respectiva. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, septiembre 4 de 1944). 456, 2ª

AUTOPSIA

— 14 —

La exposición de los médicos legistas acerca de los resultados de una autopsia es una diligencia, de carácter pericial ciertamente, porque es practicada por peritos médicos; pero la misión de ellos no es otra —en tal ocurrencia— que la de dar fe, en vista de las lesiones, o de las señales, o del estado de las vísceras y sus residuos, según el caso, de la causa de la muerte del sujeto examinado. Es una prueba pericial **sui generis** a la que, estrictamente, no le son aplicables los mandatos legales que cita el recurrente. Además, como no es ella una diligencia secreta o reservada, en cualquier momento existe la posibilidad de que sea impugnada, demostrándose por ejemplo, que el individuo no murió a consecuencia de estas o aquellas heridas, sino de un ataque cardíaco o por otro fenómeno patológico no provocado por el infractor. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 25 de 1944). 260, 2ª

— C —

CANCELACION DE MATRICULAS DE ABOGADOS

— 15 —

Ya la Corte tiene sentada doctrina, según la cual esta clase de acciones son del conocimiento privativo y único de los Tribunales Superiores de Distrito, y que las resoluciones que ellos dicten para decidirlos no son apelables ante la Corte Suprema. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, junio 21 de 1944). ..... 384, 1ª y 2ª

CASACION

— 16 —

Las disposiciones de los artículos 593 y 601 del Código Judicial no son sustantivas que consagren derechos a favor de los particulares; son simples normas que el legislador les ha dado a los Jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de las pruebas. Esas disposiciones no pueden violarse directamente y dado caso que un juzgador las desechare o contrariare, sería indispensable, para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ellas tuviera como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagran derechos sustantivos. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 4 de 1944). 38, 1ª y 2ª

CASACION

— 17 —

Para que pueda estudiarse un ataque en casación es necesario, dentro de la técnica de este recurso, que se señalen e individualicen, determinándolos, cada uno de los textos legales que se consideran infringidos, señalando también el concepto en que se consideran violados (artículo 551 del Código Judicial). Si se trata de errores manifiestos de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, a través de los cuales se ha producido el agravio a la ley sustantiva, también es de rigor para que prospere el cargo que se señalen tales errores con toda precisión y las normas de la ley desconocidas y vulneradas (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 10 de 1944) 54, 1ª

CASACION

— 18 —

La demanda de casación en que se invoca la causal primera, requiere se determine con precisión cuál fue la norma indebidamente aplicada o erróneamente interpretada, y además, se funde jurídicamente la causal. (Casación LVIII, Nº 2016, noviembre 27 de 1944). 378, 2ª

CASACION

— 19 —

Es jurisprudencia constante de la Corte que no es casable por la segunda causal de casación la sentencia que declara la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de una de las partes, porque el fallador está autorizado para fallar cualquiera excepción perentoria, aun cuando ésta no haya sido propuesta ni alegada. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 22 de 1944). 138, 1ª

CASACION

— 20 —

Cada vez que la Corte se ve abocada a la necesidad de infirmar parcialmente una sentencia, tendrá que confrontar este problema: o desprenderse por completo del método usado por el Tribunal, si él incide demasiado en la dosimetría al indicar la cantidad de penas, o seguirlo, si el que vaya a reemplazarlo, dictado con un criterio más acorde con la tendencia que impera en las nuevas leyes penales, sobrepasa la sanción que fijó el fallo, sometido a un recurso extraordinario que, por lo mismo, no puede desmejorar la situación del recurrente. En otros términos, si toda invalidación convierte a la Corte en Tribunal de instancia, ella no deberá apartarse —en cuanto a lo meramente proporcional de la distribución, por empírica que sea— del plan a que se ciñó el sentenciador. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 16 de 1944). 257, 2ª

CAUSAL 2ª

— 21 —

En el caso del proceso no sería viable la causal 2ª, errada o indebida apreciación en la sentencia de los hechos y de las circunstancias eximentes o modificadoras de la responsabilidad, porque tratándose de juicios por Jurado no puede formularse ese cargo contra la sentencia del juzgador de derecho aisladamente considerada; pues, como en varios fallos ha dicho la Corte, en esta clase de juicios el fundamento inmediato de la sentencia del Juez de derecho es el veredicto, de manera que las pruebas del sumario apenas son

fundamento mediato o remoto de la misma. (Casación, LVIII, Nº 2016, septiembre 18 de 1944). 300, 2ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

— 22 —

Aunque todo delito indica comúnmente en su ejecutor la carencia de un mínimo ético necesario para la vida social, la mayor insensibilidad moral, tenida en cuenta por el Código como circunstancia de mayor peligrosidad, es predicable especialmente de aquellos casos en que ni aun lo horripilante del crimen es suficiente para detener al delincuente. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944). 337, 2ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD EN EL DELITO DE ROBO.

— 23 —

La mala conducta, referida a condenas judiciales o de policía, no se puede probar mediante testimonios.

Los delitos contra el patrimonio material de los parientes suponen un abuso depositado en el infractor por razón del vínculo que el lesionado considera como una garantía de su derecho, y la confesión, y el testimonio en casos excepcionales, pueden ser prueba suficiente del vínculo.

El tiempo y el lugar del delito sólo juegan en los delitos de robo como elementos modificadores, con repercusión en la pena, y no como circunstancias de mayor peligrosidad. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 22 de 1944). ..... 371, 1ª y 2ª

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS NO DECLARADAS POR EL JURADO.

— 24 —

El desconocimiento, en el veredicto y en la sentencia, de circunstancias modificadoras, tales como el estado de ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación, no implica disconformidad entre la sentencia y el veredicto. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 4 de 1955). 381, 1ª

CLAUSULA DE REVERSION DE LOS CONTRATOS SOBRE EXPLOTACION DE PETROLEOS CONSIDERADA COMO UNA DE LAS PRERROGATIVAS DE NUESTRO DERECHO PUBLICO.

— 25 —

El Decreto legislativo número 34, en su artículo 2º, facultó al Gobierno para la celebración de contratos como el de explotación de petróleos sin necesidad de someterlos luégo a la aprobación del Cuerpo Legislativo. Por ese artículo y por el 5º del mismo Decreto se abrogó el artículo 5º de la Ley 30 de 1903, mas no el 3º de este Decreto.

Las disposiciones del Código Fiscal a las cuales se alude en el artículo 3º de la citada Ley 30 son las de los artículos 1116, 1117 y 1118 del Código Fiscal de 1873. Así pues, estudiadas esas disposiciones se llega a la conclusión de que los contratos respectivos, salvo el caso de que se resolviera someterlos a la aprobación del Congreso, debían, desde luego, contener expresa o tácitamente estipulaciones sobre reversión, so pena de ilegalidad y aun de nulidad del contrato celebrado. (Artículos 2º y 5º de la Ley 68 de 1870).

El fenómeno de la reversión en general ha constituído en Colombia una de las prerrogativas del Estado cuando éste hace **concesiones** de carácter temporal. Hay más: y es que constituye también principio inconcuso de nuestro derecho público el que jamás podría admitirse la existencia de una **renuncia tácita** en un contrato celebrado con el Gobierno y aun en los aprobados por el Congreso cuando se trata de las prerrogativas propias del Estado; y menos aún podría admitirse la renuncia tácita cuando el Estado, por conducto del Gobierno, hace **concesiones**, otorga **privilegios** o da **permisos.** Principio es éste, por lo demás, de aceptación universal, como es bien sabido. La renuncia, si llegara a existir, tendría que ser expresa y no hecha simplemente por el Gobierno sino necesariamente constante en un acto expedido por el Cuerpo Legislativo del Estado.

La Corte estima que el contrato sobre explotación y exploración de petróleos no es por todo concepto un genuino contrato de arrendamiento. En efecto, el contrato sobre explotación de minas, sobre la base de una participación en el producto líquido (contrato de 1905) en la explotación, no encaja perfectamente en el concepto jurídico del arrendamiento. Y es que se presenta como de la esencia del contrato de arrendamiento (artículo 1974 del Código Civil) que la cosa arrendada no sea fungible; empero, como la explotación de la mina no puede hacerse sino mediante la extracción de los minerales, lo que origina la destrucción de la mina misma, el requisito de la no fungibilidad falla en el presente caso. De otro lado, el contrato de arrendamiento, que es conmutativo, supone necesariamente el pago de un precio al arrendador (artículo 1973 del Código Civil), precio que en un caso como el de la concesión de 1905, con reconocimiento a favor del Estado de una cuota del producto líquido de la explotación, es precio que con frecuencia puede no existir en realidad, toda vez que habrá de faltar cuando la explotación de las minas no deje **producto líquido** alguno. Finalmente, no es normal en el arrendamiento la obligación a cargo del arrendatario de explotar, y gozar así de la cosa arrendada, al paso que sí es normal en el contrato sobre explotación de minas sobre la base de participación en los productos como precio para el que hace la concesión, la obligación que pesa sobre el concesionario de explotar las minas objeto de aquel contrato. Se ha pensado en asimilar entonces los contratos sobre explotación temporal de minas, del tipo de la concesión de la **Tropical,** a la aparcería de que trata el Código Civil en su artículo 2041, perteneciente al título de arrendamiento. Posiblemente exista alguna similitud. Mas se observa que el legislador mismo, en la disposición antes citada, tiende a asimilar la aparcería misma a la sociedad, apartándola del concepto común del arrendamiento, asimilación que la Corte ha reconocido en la forma más amplia posible llegando a admitir que el colono aparcero está obligado a rendir cuentas precisamente como en la sociedad. Pero hay más: en la aparcería se recogen y consumen las cosechas, pero esos frutos se reproducen. En el contrato sobre explotación de minas se extraen, utilizan y consumen los minerales, pero, por el contrario, éstos no se reproducen. De manera que si el contrato de duración temporal sobre explotación minera, contrato **innominado,** de peculiares características, ha podido ser llamado en el lenguaje corriente **arrendamiento,** o bien **sociedad** o **asociación,** como en verdad ha ocurrido, o **enajenación o venta de muebles por anticipación** (artículos 659, 755 y 1857 del Código Civil), es de una evidencia absoluta que mal se le puede calificar judicialmente y con carácter obligatorio de contrato de arrenda-

miento al menos para el efecto de que haya de quedar él irrestrictamente gobernado por las disposiciones del capítulo 26, antes mencionado, del Libro 4º del Código Civil, que trata especialmente del **contrato de arrendamiento** y que es aplicable, en general, a los bienes sujetos al derecho común.

Es incuestionable hoy la práctica contractual de que, cuando en un documento se hace expresa referencia a otro que en él debe mirarse como incorporado, la persona que así lo suscribe, procede en realidad como si firmara un documento que contiene aquel al cual se hace referencia. **(Verba illata insese videntur).** Tal norma de aplicación diaria y constante se extiende al caso de **anexos, memorándumes, inventarios, planos,** etc. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, septiembre 20 de 1944-. . .485 y s. s.

COAUTOR, COMPLICE, COOPERADOR.

— 26 —

Los artículos 19 y 20 del nuevo Código Penal distinguen entre coautores, cómplices necesarios y cooperadores no necesarios. En otros términos: no es lo mismo participación principal en el delito que complicidad necesaria. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944). 340, 1ª

COMPETENCIA EN ASUNTOS REFERENTES A PRESTACIONES SOCIALES.

—27 —

La competencia para resolver las controversias que se susciten en la aplicación de los reglamentos que sobre prestaciones sociales dicte el Organo Ejecutivo, no puede considerarse atribuída por el artículo 40 del Código Judicial a la Corte Suprema, ya que la disposición que se menciona se refiere a las que surjan de contratos celebrados o que celebre la Nación y no a actos administrativos carentes de modalidad contractual y encaminados a establecer para los servicios públicos derechos o garantías accesorios al desempeño de sus cargos.

Entre los derechos de los empleados públicos se encuentran algunos calificados como accesorios y que se conocen con la denominación general de **prestaciones sociales.** Estos derechos tienen diferentes formas a lo largo de la legislación y de los reglamentos que expiden las entidades públicas y entre ellos se encuentra el seguro en sus diversas modalidades: colectivo, de accidente de trabajo, de enfermedad, etc. El seguro como prestación social no constituye una convención tal como está definida en las leyes comerciales del derecho mercantil, sino un acto de protección al empleado al sobrevenir cualquier hecho o circunstancia que lo prive total o parcialmente de su capacidad de trabajo. Es un respaldo que da el Estado a sus servidores por medio de entidades por él mismo creadas (Cajas o Fondos responsables del pago) o asumiendo directamente, con fondos del Erario Público, la responsabilidad de cubrir el valor de esos derechos, de hacer la prestación social. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, octubre 9 de 1944). 522, 1ª

CONCURSO IDEAL O FICTICIO DE INFRACCIONES Y CONCURSO MATERIAL O REAL

— 28 —

Al referirse el artículo 31 de la Ley 95 de 1936 a la violación de varias disposiciones de la ley penal por un solo hecho, sólo está hablando de aquellas infracciones que no es posible separar porque, aun siendo varias, su pluralidad no es efectiva, sino ideal, o más

propiamente, ficticia. En todos esos supuestos uno solo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, pero no por ello puede afirmarse que existan dos infracciones separadas. En cambio, en el caso de autos la pluralidad no es simplemente ideal sino efectiva, pues todas las infracciones (lesiones de derecho) tienen vida **per se**, porque con respecto a cada uno de los ofendidos se infringió la ley penal. El concurso es, por lo tanto, real o material y no formal o ficticio, por más que uno solo hubiera sido el hecho que produjo las consecuencias. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 16 de 1944). 257, 1ª

COSA JUZGADA

— 29 —

La fuerza obligatoria que una sentencia judicial tenga para inhibir el pronunciamiente de otra posterior qué le sea contraria, esto es, para que opere el principio de que **res judicata pro veritate habetur**, no puede acogerse éste sino contemplando previamente si se hallan reunidos los elementos esenciales que configuran el fenómeno de la **cosa juzgada**, y que son los siguientes: identidad de causa, identidad jurídica de personas e identidad de objeto (artículos 473 y 474 del Código Judicial). Sin la concurrencia de estos elementos, la sentencia posterior carece de poder inhibitorio sobre el juicio. Si el juicio es especial, o, como el referente a petróleos, de carácter sumario, la sentencia con que él termine tiene dentro de él y tratándose de otro juicio de la misma clase, entre las mismas partes y sobre la misma cosa, el carácter de definitiva, aunque pueda ser revisada en juicio ordinario (artículo 7º, Ley 160 de 1936); pero esto no quiere decir que no deban concurrir en el primer juicio también las mismas circunstancias de identidad jurídica de las partes y del objeto, para que realice el mismo alcance inhibitorio sobre otra decisión posterior que le sea contraria en un nuevo juicio de la misma índole. Si así no sucediere, el Tribunal ante quien se lleve el nuevo juicio dispone del mismo poder jurisdiccional y decisorio para calificar el mérito de las pruebas aducidas y la posición jurídica de las partes en este último, sin sujetarse, con carácter compulsorio, a lo que antes se hubiera calificado y decidido en el otro juicio anterior. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, octubre 25 de 1944). 544, 1ª

CUANTIA DE LA ACCION

— 30 —

Cuando el actor fija en su demanda la cuantía de la acción, su estimación es intocable posteriormente, siempre que el demandado no la haya objetado. (Auto, Sala de Casación Civil, LVIII, Nº 2016, diciembre 17 de 1944). 178, 2ª

— D —

DECRETO NUMERO 2645 DE 1943, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

— 31 —

Puesto que el Decreto número 2645 de 1943 es un Decreto-ley, bien podía desconocer lo establecido por la Ley 128 de 1936, pues, como lo ha dicho en muchas ocasiones la Corte Suprema, los decretos expedidos por el Ejecutivo en virtud de las facultades extraordinarias conferidas de acuerdo con el numeral 9º del artículo 69 de la Constitución Nacional, pueden modificar, suspender o derogar las leyes anteriores. (LVIII, Nº 2016, Sala Plena, noviembre 22 de 1944) 24, 1ª

DECRETO Nº 1766 DE 1936

— 32 —

(Véase lo que sobre él dice la Corte, en Sala Plena, en el punto titulado Ley 88 de 1935).

DECRETOS EJECUTIVOS NUMEROS 950 y 1793 DE 1931, DE 30 DE MAYO Y 8 DE OCTUBRE, RESPECTIVAMENTE, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES.

— 33 —

La Corte acoge el concepto del señor Procurador según el cual "lo concedido en el artículo 1º de la Ley 4ª de 1930 a los empleados de la Policía Nacional es el derecho al sueldo igual al que disfruta un empleado de su categoría; por consiguiente, los Decretos acusados no son violatorios del artículo 31 de la Constitución". En tales decretos no se le desconoce a ningún Oficial, Agente o empleado de la Policía, que esté recluído en alguno de los leprocomios del país, el derecho a recibir su sueldo. Luego por este aspecto no resulta violado el artículo 10 del Acto legislativo número 1º de 1936, o sea el artículo 26 de la Constitución. (LVIII, Nº 2016, Sala Plena, noviembre 10 de 1944). 21, 2ª

DELITO

— 34 —

El elemento del delito definido y sancionado por el artículo 174 del Código Penal, expresado en la frase "tener conocimiento de la comisión de un delito", es una cuestión subjetiva.

La obligación que impone el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal a todo empleado o funcionario público, de comunicar a la autoridad competente el conocimiento de una infracción penal está subordinada al criterio que se tenga sobre el carácter penal de la misma. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 11 de 1944). 349, 1ª

DELITOS CONTRA EL HONOR

— 35 —

Cuando se trata de delitos contra la libertad y el honor sexuales cometidos con ciertas circunstancias, por ejemplo, la desfloración, el reconocimiento médico-legal de la ofendida puede ser prueba insustituíble en cuanto al hecho mismo y respecto de la época en que haya ocurrido; pero en otros casos puede el delito no dejar huella precisamente en los órganos genitales, sino en otras partes del cuerpo, y aun puede ocurrir el delito sin dejar huella material, puesto que el Código mismo considera que puede consumarse mediante violencia moral. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944). 338, 2ª

DENUNCIO DE MINAS. (ORDINAL 1º DEL ARTICULO 76 DEL CODIGO JUDICIAL).

— 36 —

Estima la Corte que cuando el asunto controvertido versa, bien sea exclusivamente, o al menos de manera fundamental, y de necesaria decisión previa, sobre una cuestión netamente de derecho público y en forma especial cuando en ese caso el Estado ha obrado por ministerio de la ley misma en su calidad de persona de derecho público **(jure público)** y no en calidad de persona de derecho privado **(jure privato)**, y aparece aquí desde luego la importancia de esta dis-

tinción sobre la doble personalidad del Estado —que hay quienes, infundadamente, pretenden hacer desaparecer— se presenta así, con características de incontrovertible el que el ordinal 1º del art. 76 del Código Judicial no le da jurisdicción para esos asuntos a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial si ocurren controversias con el Estado en relación con tales actos y ya que en tal evento mal puede decirse que se trate de asuntos en los cuales contenciosamente se ventilan cuestiones de **derecho privado.**

Cuando la Gobernación de un Departamento, en cumplimiento de sus funciones legales, y en nombre del Estado, desecha una denuncia de minas por no considerarla jurídicamente aceptable, obra en ejercicio de funciones administrativas de derecho público y el Estado así representado actúa como persona de derecho público. Sabido es que la admisión de la denuncia puede conducir normalmente a la **adjudicación** y es obvio que no le es posible a personas de derecho privado ejecutar el acto jurídico administrativo **sui generis** de **adjudicar** minas; por donde se echa de ver que en tal caso el Estado, que lo ejecuta, obra como persona de derecho público y no en manera alguna, como persona de derecho privado. Por consiguiente, si al Estado se le increpa el haber perjudicado los intereses del avisante de una mina por no haber admitido un denuncio y por cuanto el denunciante estima conculcado el derecho que le confirió el acto inicial y jurídicamente previo del **aviso** de ella dado ante autoridad competente, los Tribunales Superiores de Distrito no tienen, a la luz del ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial, competencia para conocer de las demandas que se le ocurra entablar contra la Nación al que se siente perjudicado con tal acto. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, julio 7 de 1944). 389 2ª

DESISTIMIENTO

— 37 —

Para que el desistimiento produzca efectos no es indispensable que a él se acompañe el contrato de transacción que, en su caso, da origen a él; basta que éste llene los requisitos exigidos por la ley, ya respecto de la persona que lo hace, ora en relación con las formalidades que la ley señala para la validez de ese acto. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 3 de 1944). 35, 2ª

DESISTIMIENTO

— 38 —

Los términos de una renuncia, o de un desistimiento, deben ser siempre claros y expresos, aunque no se empleen términos sacramentales; pero del texto debe aparecer con toda evidencia la expresión de la voluntad al respecto de quien renuncia o desiste. Por meras presunciones no puede configurarse una renuncia o desistimiento. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 25 de 1944). 78, 1ª

DICTAMENES GRAFOLOGICOS

— 39 —

Debido a la circunstancia de que la grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, la ley procesal no les otorga a los dictámenes de esa naturaleza el valor de plena prueba, sino el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hayan valido los peritos para rendirlo. (Casación, LVIII, Nº 2016, julio 7 de 1944). 28, 2ª

— E —

EMBARGO

— 40 —

El embargo de una finca raíz tiene por objeto garantizar los derechos de las partes y los de terceros. Estos no tienen otro medio de información respecto de la situación de una finca raíz sino el certificado del Registrador respectivo; las partes, especialmente en un juicio ejecutivo; tienen como información directa, el juicio, lo que en él consta, por lo mismo que es debido a sus gestiones y peticiones como se adelanta el proceso. Ya había dicho la Corte, en sentencia de 2 de abril de 1894 ("Gaceta Judicial", tomo IX, página 259) que "el embargo de una finca raíz en un juicio ejecutivo queda cancelado de derecho desde la fecha de la admisión del desistimiento de la ejecución y del consiguiente desembargo de bienes, aunque no haya sido expresamente cancelada la nota de registro respectivo"; y en sentencia de 25 de agosto de 1914 ("Gaceta Judicial", tomo XXIV, página 194), que "el embargo de una finca en un juicio ejecutivo queda terminado desde el momento en que el Juez admite el desistimiento de la ejecución y ordena el consiguiente desembargo. No es la cancelación material en los libros de Registro sino el mandato del Juez lo que hace desaparecer la traba ejecutiva. "Claro es esto, porque el registro se retrotrae, lo mismo que su cancelación, a la fecha del acto o de la orden respectivos; así, desembargada una finca en cierto día y registrado el desembargo por el Registrador, o mejor, cancelado el embargo cuatro o cinco días después, como sucede con frecuencia, se estima que el inmueble estaba desembargado desde el día en que se dictó el auto respectivo. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 12 de 1944). 182, 1ª

EMBRIAGUEZ OCASIONAL

— 41 —

Las formas específicas de agresión y de violencia provenientes de la embriaguez ocasional no constituyen motivos innobles o fútiles. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 27 de 1944). . . . . 375, 1ª y 2ª

EMBRIAGUEZ EN LA COMISION DEL DELITO

— 42 —

La intoxicación producida por el alcohol —que la ley penal tiene en cuenta para la sanción de delitos cometidos bajo su influencia— se clasifica en crónica y aguda.

Las medidas de seguridad sólo se aplican a los infractores intoxicados crónicamente, y las penas, a los intoxicados aguda o accidentalmente.

La embriaguez accidental, no pre-ordenada, es apenas una circunstancia de menor peligrosidad, si el embriagado no pudo prever sus consecuencias delictuosas. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 23 de 1944). . . 351, 1ª

ERROR

— 43 —

Como lo ha dicho en numerosas ocasiones la Corte, no es cualquier error el que conduce a quebrar el fallo, sino el manifiesto y evidente, que debe tener las características ya mencionadas. Si así no fuera, sería la Corte un tribunal de instancia, aun cuando no casara el fallo. El recurso extraordinario se convertiría en instancia en lo que se refiere al análisis de las pruebas. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 25 de 1944). 78, 1ª

ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO.

— 44 —

El nuevo Código de Procedimiento Penal no estableció como causal para casar los fallos de los Tribunales la de haberse incurrido en error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

En fallo reciente ha dicho la Corte que en los juicios en que ha intervenido el Jurado no es pertinente la causal 2ª del nuevo Código de Procedimiento Penal. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 11 de 1944). 233, 2ª

EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS.

— 45 —

En virtud de jurisprudencia reiterada por la Corte, y como la razón lo impone, por el acierto en esta clase de investigaciones, la economía de esfuerzos y el método, cuando se estudian titulaciones referentes a la propiedad territorial con origen remoto, lo primero que ha de hacerse es verificar la efectividad u operancia de esas titulaciones sobre el terreno, es decir, la concatenación entre los datos del título y los puntos arcifinios actuales que permitan localizar la adjudicación. Pues si esto no es posible, podría tenerse, en la hipótesis más favorable, un título teóricamente válido, pero realmente ineficaz, porque no podría servir para hacerle producir efectos en determinada zona o región y en una extensión también precisa y determinada. La Corte en varios fallos recientes sobre títulos relacionados con el subsuelo petrolífero, ha concedido importancia a la dilucidación de este punto inicial en los estudios de este género, aplicando un criterio que es obligatorio, por la naturaleza del asunto, y que exige la determinación del objeto de la adjudicación hecha por el Estado, a la cual se le quieren deducir ulteriores consecuencias, así como es necesario también, por ordenamiento de la ley sustantiva, que la materia a que se contraen en general los actos y declaraciones de voluntad se determine de modo preciso e inconfundible, siendo éste uno de los requisitos esenciales para la validez de esos actos jurídicos.

Para poder llevar sobre el terreno una adjudicación, tomando como base lo en ella previsto o dispuesto, se necesita que del título aparezcan datos arcifinios suficientes que permitan localizar el área respectiva en un sitio dado y en una extensión determinada o determinable. Si el documento del título no contiene esos datos, la adjudicación no podrá, por sí misma, localizarse en el terreno. Pero ya también lo ha dicho la Corte, que a los datos del documento del título pueden agregarse, con eficacia probatoria actual, razonablemente aceptable, los actos de ejecución próximos a la expedición del título —cuando se trata de adjudicaciones muy remotas—, pues si "aparece que se ocupó, con base en el título, una determinada extensión en el lugar señalado por aquél, servirá ello para deducir, con humana y bastante posibilidad de acierto, que según tal posesión u ocupación debió haberse otorgado efectiva y legalmente la adjudicación de que se trata, en la extensión y con el carácter con que se ejecutó, y que debe, por tanto, reconocérsele hoy ese valor. Cualquier comprobación que sea conducente y eficaz para establecer alguna o algunas de las circunstancias de que se ha hecho mérito, sobre las medidas de las tierras y lo en ellas comprendido, o sobre los linderos de las mismas y lo que ellos abarcan, o sobre la ejecución ulterior de actos que materializan en el terreno las medidas o los linderos, son admisibles hoy para establecer el objeto de las adjudicaciones antiguas. Tales

adjudicaciones se hicieron con el criterio del cultivo y aprovechamiento económico de las tierras, y el Soberano español no se desprendió de ellas sino bajo la condición de que se cultivasen y trabajasen; en esto no hubo liberalidad o indulgencia sino severidad, pues las tierras debían volver al patrimonio real si los adjudicatarios no satisfacían dicha obligación. Por eso, la inteligencia que hoy ha de darse a aquellas adjudicaciones lleva a no extenderlas, sino a limitarlas más bien a su justo contenido, relacionándolo con la explotación de las tierras, porque así se dieron, limitadas, bien fuese por medidas o por linderos, pero con una área precisa o precisable desde cuando se otorgaron. Si no es posible establecer, ni las medidas, localizadas o relacionadas cuerdamente con el terreno, ni los linderos, y si por otra parte no existen datos que acrediten actos posesorios y de ejecución próximos al nacimiento del título, que sirvan para explicar cómo él se tradujo materialmente, habrá que concluír que los títulos no demuestran a qué área determinada se refieren, y que, por consiguiente, fueron ineficaces en su origen para sacar del patrimonio real una porción de tierra y trasladarla al patrimonio particular". Esto que se ha dicho por la Corte en orden a fijar un criterio para juzgar de la validez operante de las adjudicaciones antiguas, haciendo alusión a las medidas y a los linderos para determinar su contenido, es aplicable con mayor razón cuando los datos consignados en el título no sirven siquiera para ubicar en un sitio la adjudicación, por la vaguedad e imprecisión de las referencias a lugares conocidos, determinados desde el origen del acto administrativo que dió nacimiento al título, o determinables posteriormente.

La Corte considera que una alusión a un título expedido por el Estado, en contratos que celebran particulares, sin la intervención de aquél, no puede servir para reconocerle validez a una adjudicación que se dice fue hecha por las autoridades administrativas de la Colonia.

La Corte, al estudiar la legislación indiana, anotó en otra ocasión que era indispensable el requisito de la posesión de la merced al adjudicatario, pues una merced perfecta teóricamente, pudo haber quedado sin efecto por no haberse dado esa posesión.

Entiende la Corte que la posibilidad de una revisión en juicio ordinario de lo que se ha resuelto o fallado en un juicio especial y sumario sobre petróleos, no implica que carezca de firmeza y estabilidad bastantes, relativas a los fines perseguidos en los juicios sumarios, lo que en ellos se decide. Las oposiciones a la celebración de contratos para explorar o explotar petróleos, surgen de la pretensión, manifestada por el proponente del contrato, de explotar a nombre del Estado y como petróleo de la Nación, el que se encuentre en el subsuelo del terreno comprendido en ella. En torno a este único y común objetivo se desenvuelve el proceso que forma el juicio breve y sumario: el lote o porción a que se contrae la propuesta de contrato, que es el mismo a que se contrae la oposición. De esta suerte, adelantando el trámite del juicio hasta su decisión, la sentencia que le pone término debe referirse al objeto sobre el cual rodó la controversia, y a nada más que a él. Los juicios sumarios sobre petróleos no son juicios de dominio; son juicios en que se decide por razones sacadas del estudio de las pruebas acerca de la propiedad, que se puede o nó perfeccionar un contrato de esta clase; pero el fallo no declara dominio; estudia la propiedad, pero no decide respecto a su existencia en determinada persona; resuelve tan sólo que una persona puede o nó contratar con el Gobierno, por estimarse que son baldíos los terrenos de que se trata, o porque al contrario, aparecen, para los fines contemplados en el juicio sumario, co-

mo de propiedad particular con anterioridad al 28 de octubre de 1873. En los juicios declarativos de dominio las sentencias que se pronuncian deciden que un bien pertenece en propiedad a una persona, y tal declaración obliga en todas las circunstancias a las partes que se comprometieron en el litigio. Mas no ocurre lo propio cuando lo que se declara no es la propiedad en cabeza de una persona, sino el derecho a perfeccionar un contrato, por consideraciones tocantes con el dominio, pues el juicio, que versa sobre un bien determinado —el que constituye el objeto de la propuesta de contrato y el de la oposición al mismo— y el fallo que le pone término, tienen que limitarse a lo que es materia de la controversia, al lote o porción de terreno en ella contemplado, y a nada más. Si fuera del lote de la propuesta y de la oposición, los títulos que se aducen favorecen o pueden favorecer extensiones distintas, como el juicio, se repite, no es declarativo de dominio sobre el globo más grande a que los títulos se refieren, sino permisorio de contrato sobre la extensión comprendida en la propuesta, si posteriormente surge una diferente respecto de otra parte distinta del área de la primera, aunque comprendida dentro del globo general que abarcan los títulos, esa nueva propuesta constituye un nuevo caso decisorio para la justicia, que deberá recibir fallo separado. Hay cosa juzgada si se superponen dos propuestas sucesivas sobre un mismo lote de terreno, cuando acerca de la primera se ha proferido fallo, pues entonces el objeto es idéntico; pero si los lotes no se superponen, sino que son distintos, la falta de identidad de objeto indica que no se llena uno de los requisitos esenciales para que se produzca el fenómeno de la cosa juzgada.

Por "sobras" se entendía en el derecho indiano que rigió en el Virreinato de Santafé, los excesos, sobrantes de una adjudicación, lo que quedaba después de hecha, en un punto, o sitio, o dentro de unos linderos, y que tenía el mismo carácter realengo de la tierra adjudicada.

Las tierras no podían pasar del poder de la Corona al de los particulares sino en virtud de actos dispositivos del Soberano, que constituían el título para la entrega de la tierra, o que saneaban situaciones anteriores de ocupación sin título. Las sobras eran excesos, a la luz del derecho, y éstos se reputaban ilegítimos si acerca de ellos no se obtenía título. Las sobras, respecto de una adjudicación, quedaban comprendidas en el concepto de excesos y podían ser denunciadas por persona distinta del titular de la adjudicación a que las sobras se referían. Las sobras, según el derecho indiano, eran realengos, como todas las tierras de esta clase, que se podían obtener en adjudicación mediante los trámites establecidos: estaban sujetas al otorgamiento de un título nuevo, en unos casos, cuando se pretendían por terceras personas en relación con el primer adjudicatario; y en otros, exigían, para su obtención como bien patrimonial privado, el de su mensura y entrega por medidas o por linderos, según las reglas generales de enajenación de tierras del Soberano.

En lo referente a prescripción de tierras, ya dijo la Corte, con razones sacadas del estudio de la legislación indiana y española, cómo los estatutos sobre tierras en las Indias hacían parte del derecho público, no del derecho civil, y que se dictaron contemplando la situación de los dominios reales en las Indias, diferente a la situación patrimonial del Soberano en la península. Y que esas normas especiales del derecho indiano no configuraban nunca la prescripción adquisitiva de las tierras realengas, con el criterio que venía desde los romanos; sino una prescripción, llamada así tal vez impropiamente, pues consistía en la adquisición de las tierras realengas cultivadas o explotadas,

en cuya posesión se protegía y respetaba a los que la realizaban, pero quedando sujetos siempre a la obtención del título de adjudicación o merced. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, julio 14 de 1944). ..... 410 y s.s.

EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

— 47 —

Ya ha dicho la Corte que "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 y geográfica, se encuentra que este 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 técnicamente un título, sino de esa realidad procesal, geográfica y topográfica, que resulte de poner en relación, en el terreno, lo que ese título exprese, con los elementos determinantes que sirvan para conocer el objeto a que el título se refiere, cuando median las circunstancias, susceptibles de inducir a error, a las cuales se ha hecho arriba referencia".

También ha dicho la Corte que es 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, para que éstos puedan invocar y para que a éstos se reconozca derecho al petróleo que pueda encontrarse en el subsuelo de tales tierras. Sin esto no será legalmente posible hacer tal reconocimiento, porque a ello se oponen principalmente el artículo 7º, ordinal c) de la Ley 160 de 1936 y los artículos 222 y 593 del Código Judicial. Igualmente dijo la Corte que "los conceptos y observaciones ante quien se presentan y tramitan administrativamente los avisos y propuestas relacionadas con exploración y explotación de petróleos, no obligan a la Corte", pero ésta debe tener claros fundamentos de orden legal para apartarse de ellos cuando no han sido desvirtuados por los interesados por los medios probatorios conducentes, ya ante el mismo Ministerio, ya ante la Corte, sobre todo cuando tales conceptos y observaciones emanan de una oficina de carácter técnico, como lo es la adscrita a aquel Ministerio para la ejecución de planos, medidas, etc.

A la prescripción adquisitiva de largo tiempo por la explotación económica del suelo se llega a través de la posesión material que se ejerce sobre una cierta y determinada porción de terreno, y si no se sabe con seguridad cuál es ésta, porque no se ha determinado y localizado claramente por los medios legales, no puede reconocerse ni declararse como consumado el consiguiente fenómeno jurídico del dominio o propiedad particular con el subsuelo de esa porción de terreno, y el correlativo de su salida del patrimonio del Estado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales. LVIII, Nº 2016, octubre 25 de 1944). 548 y s. s.

EXPULSION DE EXTRANJEROS PERNICIOSOS.

— 48 —

Los preceptos que consignan la expulsión de los extranjeros perniciosos, en vía administrativa, señalan como motivo para tomar

esa medida el de haber sufrido condena, porque el solo hecho de un fallo condenatorio está indicando que esos sujetos no son deseables para el país. Pero cuando esa sanción se ha impuesto, no administrativamente, sino mediante trámite judicial, el reo ha sido favorecido sin lugar a duda, porque ha tenido un amplio debate y ha disfrutado de dilatadas garantías ante los Jueces para hacer su defensa. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 11 de 1944). 234, 2ª

— F —

FIDEICOMISO DE HERENCIA

— 49 —

¿Qué derechos tiene el fideicomisario, muerto el constituyente, antes del advenimiento de la condición señalada para la restitución del fideicomiso, sobre los bienes constituídos en propiedad fiduciaria? ¿Puede el fideicomisario, en las circunstancias dichas enajenar esos derechos, así sea la simple calidad, capacidad o aptitud de fideicomisario? La Corte, sin vacilación, se inclina por la negativa de estos postulados, solución que es armónica en un todo con las disposiciones civiles que reglan la propiedad fiduciaria y con los principios generales que informan las donaciones y los derechos sucesorales. (Artículos 820, 821 del Código Civial). (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 28 de 1944). 143, 2ª

FILIACION NATURAL

— 50 —

Es doctrina constante y reiterada de la Corte de Casación la de que con la vida del supuesto padre natural se extingue también la acción de la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural. (1). (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 6 de 1944). ..... 176, 1ª y 2ª

— G —

GANANCIALES

— 51 —

Es absolutamente nulo, por ilicitud de objeto, el contrato de enajenación de participación de gananciales hecha por uno de los cónyuges en vida de ambos, puesto que en derecho colombiano es imposible la transferencia entre vivos a título universal. Admitir que se puede ceder la acción o interés de socio conyugal durante el matrimonio y que no hay inconveniente jurídico ninguno para que el cesionario pueda reemplazar al cónyuge cedente y pedir liquidación provisional de la sociedad, como extravagantemente lo sostiene en su salvamento de voto el Magistrado disidente en la sentencia recurrida, diz que para que se humanice y se haga práctica la reforma consagrada en la Ley 28 de 1932 equivaldría lisa y llanamente, con quebranto de la noción de orden público que rige la organización familiar, a introducir una tercera persona dentro del matrimonio. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 30 de 1944). 96, 1ª y 2ª

— H —

HIPOTECA

— 52 —

El contrato de hipoteca, que origina el derecho real, persecutorio y preferente, es contrato legalmente sometido a dos solemnidades legalmente indispensables para su exis-

(1) Esta doctrina ha sido totalmente abrogada por la Corte en decisiones posteriores, estableciendo que sí es viable la acción de filiación natural después de la muerte del presunto padre natural.

(El Re lator de la Corte).

tencia: el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el libro correspondiente de la Oficina de Registro dentro del término legal, requisito este último al que corresponde, además, el significado y fundación de la tradición del derecho real de hipoteca. Así está dispuesto en los artículos 2434 y 2435 del Código Civil. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 18 de 1944). . .76, 1ª

HIPOTECA DE BIENES SOCIALES

— 53 —

Es jurisprudencia constante de la Corte la de que para ejercer actos dispositivos y administrativos sobre bienes que entraron al haber de la sociedad conyugal antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, es indispensable el concurso de ambos cónyuges, mientras no se haga la liquidación provisional autorizada por el artículo 7º de esa Ley. Habiéndose, en el caso de autos, hipotecado una finca por uno de los cónyuges sin intervención del otro, se hipotecó cosa ajena y por ello la hipoteca es nula, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 2439 y 2443 del Código Civil. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 29 de 1944). 92, 2ª

HOMICIDIO

— 54 —

Los Tribunales no pueden agravar, en la sentencia, el homicidio que, de acuerdo con el auto de proceder y el veredicto del Jurado, apenas fue intencional.

El homicidio no premeditado cometido bajo la antigua legislación, con el fin de consumar un robo no puede, por esta circunstancia, ser sancionado de acuerdo con el artículo 363 del Código vigente, porque ello violaría el precepto constitucional de la irretroactividad de la ley penal. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 27 de 1944) 355, 1ª

HOMICIDIO

— 55 —

Cuando el Jurado afirma el elemento material o físico del homicidio y niega el propósito o elemento psíquico o intencional, excluye la responsabilidad y por consiguiente la pena.

La negación del propósito en el homicidio intencional no implica la afirmación del propósito en el ultraintencional.

Los Jueces o Tribunales no pueden sancionar una especie de homicidio, como el ultraintencional, que no fue previsto en el auto de proceder ni declarado por el Jurado. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 18 de 1944). ..... 366, 1ª y 2ª

HOMICIDIO

— 56 —

No es equitativo aplicar el mínimo de la pena del artículo 363 cuando el homicida cometió su delito con varias y de las más graves circunstancias de asesinato (en un hermano, con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, tales como la insidia, la asechanza y la alevosía). (Casación, Nº 2016, diciembre 4 de 1944). 381, 2ª

— I —

IMPEDIMENTOS

— 57 —

La circunstancia de haber dictado una persona, como Juez o Magistrado, auto de enjuiciamiento en un negocio criminal, no es impedimento para que después, en la segun-

da instancia, dicte sentencia, pues tanto el valor de las pruebas como los elementos de la responsabilidad se aprecian con método y criterios distintos en esas dos etapas del juicio: si así no fuera, el auto de proceder equivaldría al anuncio de una inevitable condenación, lo cual sería monstruoso. No es imposible que el temor del interesado, en este u otros campos semejantes, obedezca a la circunstancia de que los Jueces suelen agotar el estudio del proceso para llamar a juicio, y entonces la providencia que califica el sumario tiene visos de sentencia. Pero un Juez o Magistrado consciente de los deberes y de la responsabilidad que le incumben, no puede, al tiempo de sentenciar, atenerse exclusivamente al juicio formado por él cuando calificó el mérito del sumario, ya que el fallo definitivo implica más graves y trascendentales consecuencias que el simple enjuiciamiento, y en esa decisión final tiene el Juez que apreciar de nuevo y con mayor cautela el valor de las pruebas y formar su juicio sobre posibles factores de no punibilidad. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 10 de 1944). 332, 2ª

IMPEDIMENTOS

— 58 —

La sindicación de haber conocido un Magistrado, como funcionario de instrucción en determinado proceso, y haber luégo como miembro del Tribunal reformado una providencia que él no había dictado como Juez, carece de toda seriedad, porque ello no figura como causal de impedimento en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. De otra manera, los Jueces no podrían avocar el conocimiento de aquellos procesos que hubieran instruído. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2016, junio 21 de 1944) 246, 1ª

INDEMNIZACION DEL DAÑO

—59 —

El resarcimiento del daño es una sanción reparadora que coadyuva las medidas de defensa social contra el delito, lo mismo que las preventivas y las represivas y todas ellas son de interés público. No debe olvidarse, además, que los protagonistas del juicio penal no son solamente dos (el procesado y la sociedad), sino tres, puesto que aparte del delincuente y el Estado, la justicia primitiva debe también tutelar al ofendido. De manera que por el hecho de que la víctima o quien legítimamente la represente no se haya constituído parte en el juicio, o porque el Agente del Ministerio Público haya olvidado el cumplimiento de su misión, no hay que concluír que el Juez debe igualmente descuidar la suya, omitiéndola. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 10 de 1944) 270 1ª

INDICIOS

— 60 —

Ha dicho la Corte de manera reiterada y constante que la convicción indicial cae bajo la esfera de apreciación del fallador de instancia, de manera que no es dado variarla en casación sino en el caso de que haya errado con error de hecho evidente o con error de derecho en la apreciación de los elementos probatorios sobre que se apoyan los indicios. También ha dicho la Corte en repetidos fallos que la prueba de indicios escapa más que otra alguna en casación al cargo de apreciación indebida o errónea. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio o su descalificación, por ejemplo, por falta de conexión lógica con el hecho que se

quiere demostrar. (Casación, LVIII. Nº 2016, octubre 26 de 1944). 84, 1ª

INDICIOS EN MATERIA PENAL

— 61 —

Cuando cada uno de los hechos considerados como indicios carecen en absoluto de todo valor demostrativo o no guardan verdadera relación con el hecho incriminado, es claro que por numerosos que se supongan esos llamados indicios, en realidad no lo son; y el valor de ellos sería nulo porque la suma de muchos ceros no pasará de cero. Pero tampoco sería lógico considerar absolutamente aislado cada uno de los hechos-indicios, con total independencia de los otros, pues en esta clase de pruebas el conocimiento del hecho que se trata de demostrar no podría obtenerse sino por la coordinación de los indicios entre sí y por la relación entre el conjunto de ellos y el hecho cuya existencia puedan ellos probar, ya que la convergencia de los diferentes indicios sobre un mismo punto no puede atribuírse comúnmente a la casualidal. De que esos indicios sean pruebas incompletas no se deduce que carezcan en absoluto de todo valor, pues la misma ley reconoce que pueden dos o más pruebas incompletas ser plena prueba si reúnen determinados requisitos (artículo 206, Código de Procedimiento Penal). (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 30 de 1944). 330, 1ª

INSENSIBILIDAD MORAL.

— 62 —

Fuera de que la ley penal no habla a secas de insensibilidad, sino de "insensibilidad moral", lo que bien puede traducirse por "dureza de corazón", esa insensibilidad tiene que revelarse en la comisión del delito, por medio de actos o de manifestaciones inequívocas. Pero en el supuesto de que una determinada actitud posterior del delincuente pudiera interpretarse como demostrativa de embotamiento de la conciencia o de ausencia de esos sentimientos propios del sér humano, aun en momentos de excitación o de esa especie de locura breve a que conduce la ira, resultaría muy forzado, demasiado violento, deducirla de una frase anodina como la que se dice que salió de labios del acusado: "Maté a un vergajo". Se estaría tomando entonces como indicadora de insensibilidad una palabra, un denuesto del victimario, pronunciado en un momento de exacerbación, como a manera de defensa intuitiva o de desahogo. Es que además el mismo estadó espiritual de quien acaba de ejecutar una acción extraña a su habitual proceder y tan tremenda como es la de suprimir la vida de otro, lo coloca en una situación anormal o fuera de lo corriente. Y es muy posible que haga disparates, vocifere como un desequilibrado, sin que ni lo uno ni lo otro sirvan de índices para tenerlo como insensible o duro de corazón (Casación LVIII, Nº 2016, noviembre 10 de 1944).

268, 1ª

INTERES DEL ACREEDOR EN LA ACCION CONTRA SU DEUDOR

— 63 —

Interpretando la Corte el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, ha dicho que no es aceptable que un acreedor pueda ejercitar ilimitada e irrestrictamente las acciones que la ley le ofrece para defender su derecho contra la insolvencia de su deudor: la pauliana, la de simulación o la de nulidad. Es indispensable que tenga interés; pero no el simple y general representado en su calidad de acreedor y consistente en la conveniencia de que el obligado acrezca su capacidad de pago, sino

el concreto y real representado en el perjuicio directo y determinado que el acto de enajenación de su deudor le irroga, porque a virtud de él se incapacita para pagarle total o parcialmente. Tal es el sentido restricto que la doctrina de los tribunales ha dado al vocablo "interés", que usa la ley para determinar cuándo un acreedor tiene derecho de pedir que se declare judicialmente la ineficacia de actos o contratos ejecutados por una persona que le debe por el solo hecho de sacar de su patrimonio bienes sobre los cuales puede aquél hacer efectivos sus derechos, doctrina adoptada para garantizar la seguridad de que la ley no autoriza ni permite la intromisión abusiva en la órbita en que se mueven las extrañas relaciones, la invasión injustificada en la esfera patrimonial ajena.

El sentido genuino de la expresión **manifiesto** que usa el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, es el de que la nulidad resulte de bulto, de una manera ostensible, de la simple lectura del contrato, sin necesidad de ocurrir, para demostrarla, a otras piezas del proceso o elementos probatorios. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 10 de 1944) .. 45, 1ª

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

— 64 —

La interpretación de los contratos en el campo de casación civil, es por su propia naturaleza una cuestión de hecho. Su calificación jurídica sí es cuestión de derecho. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 13 de 1944).

INTERVENCION DE FUNCIONARIOS JUDICIALES EN LA POLITICA.

— 65 —

Al establecer el legislador la sabia disposición del artículo 180 del Código Penal, quiso sustraer a las personas que están prestando un servicio a la Administración Pública a los ajetreos de las luchas partidistas, que suelen perturbar con tánta facilidad el criterio del hombre y que lo conducen con frecuencia a la injusticia, hija de la parcialidad. Si esa consideración tiene validez tratándose de empleados en general, con mayor razón cuando se trata de Jueces o Magistrados, que no solamente deben reunir condiciones invulnerables de rectitud y serenidad, sino que también deben inspirar a los asociados la confianza de que no se desviarán jamás de los carriles de la ley y de la moral. Y es lógico que el funcionario judicial que no es capaz de desprenderse de su beligerancia política y que hace manifestaciones que lo muestran como militante en un partido determinado, tiene necesariamente que inspirar recelo a sus conciudadanos, quienes pueden pensar que cada vez que tenga que conocer de procesos que estén tiznados por intereses partidistas, aquel Juez ó Magistrado no ofrece plena garantía de imparcialidad. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2016, diciembre 11 de 1944). 238, 1ª

INSTRUMENTO PUBLICO

— 66 —

El artículo 630 del Código Judicial es de obligatorio cumplimiento cuando se aspira a que un instrumento notarial deba ser recibido y apreciado como prueba suficiente, en aquellos casos en que la ley exige esta clase de solemnidad externa para determinado número de actos o contratos de la vida civil.

(Casación, LVIII, Nº 2016, julio 7 de 1944) 30, 2ª

— L —

LESIONES PERSONALES

— 67 —

La desfiguración facial, aun reparable o transitoria, determina pena más grave que la correspondiente a una lesión personal que sólo produce **incapacidad** para trabajar, por dilatada que sea. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 20 de 1944) 209, 1ª

LEY 88 DE 1935, ACUSADA EN SUS ARTICULOS 6º Y 8º, Y DECRETO NUMERO 1766 DE 1936, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES. — NOCION JURIDICA DE DERECHO ADQUIRIDO.

— 68 —

Extendiendo la garantía del artículo 26 de la Constitución, que más bien es materia del derecho privado, al campo del derecho público interno, sucede que el artículo 6º de la Ley 88 de 1935 no quitó ningún derecho a los Oficiales del Ejército que prestaban servicio activo durante la vigencia de la Ley 71 de 1915, sencillamente porque ningún derecho adquirido les asistía.

Si el derecho adquirido es, en resumen, la efectividad de una situación jurídica que la ley previó y ampara, mientras rigió el artículo 8º de la Ley 71 de 1915, a los Oficiales del Ejército únicamente los favorecía la expectativa de un derecho para la edad de retiro, esperanza o hecho futuro que muy lejos estaba de configurar la efectividad de la situación jurídica que es el derecho adquirido.

Si el constituyente, en el artículo 166, asignó a la ley el sistema de reemplazos y la determinación de los derechos y deberes de los militares, y si al fijar la edad para el retiro absoluto y forzoso de los Oficiales del Ejército proveyó el artículo 6º de la Ley 88 de 1935 a esos sistemas y determinación, la ley no hizo otra cosa que obedecer el mandato constitucional.

La circunstancia de haber sido dictado el artículo 2º del Decreto número 1766 acusado, en aplicación de la Ley 88 de 1935, que en forma alguna pugna con ninguno de los preceptos de la Carta, deja sin objeto la demanda de inexequibilidad en este particular ya que es doctrina reiteradamente sostenida por la Corte, la de que no hay lugar a considerar y decidir el pedimento de inconstitucionalidad de un decreto que tenga como fundamento una ley y que sea acorde con ella, mientras ésta no haya sido declarada inexequible, pues el acto gubernativo dictado en aplicación y con observancia de la ley se sustenta suficientemente en ella. Por otra parte, parece que el carácter estrictamente particular que tiene el artículo 2º del Decreto número 1766 de 1936, en referencia, lo señala más bien como materia de acusación ante la justicia contencioso-administrativa, por fundarse su ataque en el menoscabo de un interés o derecho personal ocasionado por la actividad de la Administración Pública, y por carecer del alcance general que deben tener los actos acusables por la vía de la acción popular que consagra el artículo 149 de la Constitución, instituída con el objeto de defender el derecho público nacional.

Cuando el Gobierno haga la declaración de pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan Oficiales retirados, procederá porque la ley le impone esa obligación. No se arroga el Gobierno, entonces, ningún poder arbitrario, sino que ejecuta lo que la misma ley determina, y así no invade una esfera de actividad que le esté prohibida y que afecte la separación de los Organos del Poder Público. De otra parte, tampoco los

ordinales 2º y 3º y el parágrafo del artículo 8º de la Ley 88 de 1935 implican infracción del artículo 169 de la Carta, porque ese mandato constitucional autoriza a la ley para fijar los casos y el modo de privar a los militares de sus pensiones, modo y casos que precisamente señaló la disposición acusada, además de las causas que detalla la Ley 84 de 1931. Y desde luego el parágrafo del artículo 8º no es una falta contra los requisitos del juzgamiento (artículo 22 de la Constitución). Para hacer la declaración de pérdida de las pensiones o sueldos de retiro, preexisten en la ley dos actos que pueden imputarse a los Oficiales como motivo de esa pérdida, se designa quién debe juzgar tales actos y se dan las fórmulas para proceder. Y es que las formas propias de cada juicio, cuya plenitud es necesario observar, exclusivamente son de creación legal. Nótese, de otro lado, que si la resolución del Gobierno es **revisable** por el Consejo de Estado, éste, a no dudarlo, examinará a fondo los hechos y la prueba breve y sumaria, lo cual entraña una efectiva garantía (LVIII, Nº 2016, Sala Plena, octubre 5 de 1944). ..... 3, 1ª y 2ª

LEY 51 DE 1943, SOBRE COMUNIDADES, ACUSADA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

— 69 —

Cuando el artículo 1º de la Ley 51 de 1943 faculta al comunero para hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio del lote poseído y explotado económicamente, por un tiempo equivalente a la tercera parte de la duración de la vida del hombre en estas latitudes, está aplicando un criterio lógico o en consonancia con el pensamiento expreso del constituyente colombiano, de estimular especialmente el trabajo. Con eso no ha hecho otra cosa que estimular y apoyar el esfuerzo de quien incorpora a la tierra capital y energías físicas. Al establecer la Ley 51 que el que ha explotado económicamente durante veinte años determinada parte de una comunidad, puede pedir judicialmente se le declare dueño, hace algo análogo a lo que se produce con la división de la comunidad, pues en ésta el Juez reconoce a cada comunero la propiedad del área elaborada por quien tuvo el ánimo de que su esfuerzo se viera recompensado en la medida en que lo realizó, obteniendo merecidamente la protección del Estado.

En lo referente a la prescripción entre comuneros, la Corte admite como exacta la aseveración de que "no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho proindiviso". Sólo que también ha admitido la Corte la posibilidad de que la prescripción obre contra los copartícipes cuando el comunero posee con ánimo de dueño exclusivo y absoluto, cuestión de hecho que debe establecerse plenamente. Y es que con las personas vinculadas a la comunidad de un predio, pueden presentarse tres situaciones, a saber: 1ª Comunidad organizada y actuante. En ella todos los comuneros se reconocen como tales, se sabe exactamente su número, la cuota que a cada uno corresponde y el título en que la comunidad se funda. 2ª Comunidad sin propósitos de solidaridad. En ésta, por el transcurso del tiempo, se ha perdido la cuenta del número de comuneros; ellos no conocen con exactitud la extensión indivisa de sus derechos y en la porción del fundo que poseen entra un criterio de aprovechamiento exclusivista. 3ª Desconocimiento total de la comunidad. Posesión **pro suo**. Aquí el comunero se olvida de su título y posee para sí, como único dueño, ignorando derechos ajenos, sin interesarle quiénes hacen parte de la comunidad, es decir, mostrándose extraño a su existencia. Aun cuando no corresponda a la realidad, a las situaciones efectivas y de hecho, la Corte admite ese estado legal de las comunidades a que se

ha referido en el aparte primero. Pero sí debe reconocer que las constituídas y vigentes —si acaso lo están— en esas condiciones, son en número muchísimo menor a aquellas otras (2º y 3º) en que los copartícipes actúan aisladamente y con miras a un lucro individualista. En el primer supuesto se trata de comunidades reales, que tienen que ser reguladas por las disposiciones del Código Civil pertinentes al cuasi-contrato de comunidad, en el cual no es la voluntad de lás partes lo que prevalece sino el interés general. En una comunidad así organizada es inaceptable —jurídicamente— que un comunero pueda alegar la prescripción contra los condueños, pretendiendo haber usucapido la propiedad con exclusión de éstos, por faltarle los elementos característicos e indispensables de la posesión, tal como ésta ha sido instituída por la ley. Esa aspiración, inconciliable con la índole y naturaleza de la comunidad de que se trata, que necesariamente genera derechos y obligaciones entre los copartícipes por su condición de propietarios de una cuota en un fundo o en una universalidad, significaría una negación del título con que se entró a poseer, el cual no fue individual ni personal, sino a nombre y en beneficio del conjunto de dueños. El segundo aparte presenta hipótesis muy distinta. Para el comunero que ha invocado el título de tál, sólo para iniciar la explotación, la posesión material es lo esencial; su conducta es la de propietario singular, y aun cuando sepa que se trata de un predio que pertenece a varios y que la cuota de cada cual es aún indeterminada, este aspecto le tiene sin cuidado y es enteramente secundario en sus planes y actividades. Tal lo que ocurre en aquellas comunidades a las que se han vinculado derechos provenientes de sucesiones ilíquidas, de origen inmemorial, en las que no sólo hay incertidumbre con respecto al número de los comuneros sino al mismo origen de la comunidad. Son, pues, comunidades nominales; la multiplicidad numérica, por sí, no le da su verdadero carácter, puesto que los interesados se comportan como dueños individuales. Luego, si estos comuneros poseen en las condiciones legales, pueden prescribir contra la comunidad la propiedad del lote que ocupan.

La tercera situación —tan frecuente como la anterior— ofrece el claro ejemplo de posesión **pro suo,** con voluntad manifestada constantemente de negar toda participación que sea extraña a las ambiciones personales del poseedor, tal como lo haría un tercero verdaderamente ajeno a la comunidad. Este es el caso al cual se ha referido la Corte en varios fallos, como anteriormente se dijo, en los que cabe la prescripción. Ahora bien: las disposiciones de la Ley 51 de 1943 son interpretativas de las normas del Código Civil, a que la doctrina, por disposiciones lógicas, dio determinado entendimiento en el sentido de hacer imposible la prescripción entre cierta categoría de comuneros; nada de exótico o inconveniente hay, pues, en que el legislador de 1943 haya cambiado esa doctrina, puesto que estaba facultado para hacerlo, en razón de que la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero (artículo 25 del Código Civil). En tal caso no hay violación de derechos adquiridos, porque éstos no descansan en lo que haya establecido la jurisprudencia, por largo, constante e inveterado que sea o haya sido su reinado sino en cuanto los proteja expresamente la ley.

La ley acusada quebranta el artículo 26 de la Constitución, porque sacrifica el derecho de los comuneros contra quienes el que ha poseído antes de la vigencia de la ley —por veinte años— puede oponerles usucapión; de suerte que el derecho de dominio de aquéllos, que estaba amparado según el Código por un término de treinta años, queda sin protección

de un momento a otro y sin advertencia defensiva o salvadora, por todo el tiempo que para los treinta años le faltara al poseedor material. Hasta ahora los comuneros no poseedores —materialmente hablando— por negligencia o cualquiera otra causa, confiaban en que su situación estaba respaldada por los treinta años que el Código señalaba. De manera que en cuanto no hubiera transcurrido ese término, no tenían por qué temer la pérdida de su derecho. Y según la Ley 51, súbitamente vienen a saber que ese lapso es sólo de veinte y que, por tanto, aquello que en cálculos entraba como integrante de su patrimonio, había sufrido un fenómeno imprevisto que los cogía desprevenidamente.

En consecuencia, son exequibles los artículos acusados, salvo el inciso tercero del artículo 1º, en cuanto dice: "Haya completado o complete veinte (20) años..., antes... de la vigencia de esta Ley'. Esta parte del artículo es inexequible. (LVIII, Nº 2016, Sala Plena, noviembre 2 de 1944). 9, 2ª

— M —

MAGISTRADOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

— 70 —

Ya ha dicho la Corte que "en ningún pasaje del nuevo Código de Procedimiento Penal se le concede a la Corte Suprema, por conducto de su Sala Penal, la facultad de juzgar privativamente o en única instancia a los Magistrados de los Tribunales del servicio contencioso-administrativo. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2016, julio 5 de 1944). 286, 2ª

MEDIDAS DE SEGURIDAD

— 71 —

La aplicación de medidas de seguridad por delitos cometidos en estado de intoxicación crónica, enajenación mental o grave anomalía psíquica, requiere que tales estados hayan sido declarados en el auto de proceder y también por el Jurado. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944). 361 2ª

MULTAS

— 72 —

La Ley 105 de 1931 no permite otro procedimiento para hacer efectivas las multas correccionales que el señalado en el Capítulo IV, Título XXXIII, Libro II del Código Judicial.

Contra la opinión de que no hay en los Códigos vigentes disposición que permita mudar una sanción disciplinaria de multa en arresto, existe el artículo 697 del Código de Procedimiento Penal (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2016, octubre 9 de 1944). 202, 1ª

— N —

NOTIFICACIÓN DE TITULOS A LOS HEREDEROS DEL DEUDOR

— 73 —

Ante el mandato del artículo 1434 del Código Civil los títulos deben notificarse a los herederos del deudor como el medio más adecuado y expedito tanto para que puedan apersonarse a la defensa de sus derechos, como para que queden enterados legalmente de las deudas de su causante, porque los herederos son los representantes de todos los de-

rechos y obligaciones transmisibles del **de cujus,** al tenor del artículo 1155 del Código Civil. Ni en el caso del artículo 1434 del Código Civil, ni en el del artículo 457 del Código Judicial ha querido el legislador que se prescinda de los herederos, y por eso estableció de una manera expresa las fórmulas de notificación y emplazamiento, a fin de que conozcan las obligaciones y la situación jurídica de su causante, y puedan defender el patrimonio de éste. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 27 de 1944) 88, 2ª

NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

— 74 —

De conformidad con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, la ausencia de solemnidades constituye nulidad absoluta cuando las solemnidades o los requisitos se establecen por el legislador en consideración al acto en sí mismo considerado, independientemente del estado o calidad de los contratantes, como la falta de objeto, o el objeto ilícito, la falta de causa, la omisión de escritura pública en los actos que la requieren, la falta de consentimiento, etc. Pero cuando las solemnidades se han establecido por la ley con miras de protección a los incapaces, entonces su omisión en el respectivo acto genera solamente nulidad relativa, salvo que se trate de personas absolutamente incapaces. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, agosto 28 de 1944)...450, 2ª

— P —

PAPEL SELLADO PARA LA ACTUACION

— 75 —

No obstante la prohibición del artículo 351 del Código Judicial, si el Juez no cumple con el deber de exigir oportunamente a la parte interesada que revalide el papel común utilizado en la secuela y continúa resolviendo sus peticiones, sin reclamación ninguna de la contraparte interesada en que se aplique la sanción al renuente, en tales condiciones ésta adquiere el derecho a que se le continúe oyendo, y de este modo el Juez no puede, extemporáneamente y ya avanzado el procedimiento, aplicar la sanción de no ser oída a la parte renuente. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 26 de 1944)..... 82, 1ª

PENA DE RELEGACION A UNA COLONIA PENAL

— 76 —

La simple lectura del artículo 34 del Código Penal basta para comprender sin esfuerzo alguno que la frase "de la segunda reincidencia en adelante" incluye el concepto, o mejor, se refiere a quien sea segunda vez reincidente. De suerte que el punto de partida, para efectos de la relegación a una colonia agrícola penal, es la segunda reincidencia y no la tercera. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 3 de 1944)..... 304, 2ª

PENSIONES

— 77—

El artículo 11 de la Ley 22 de 1942 es una norma de excepción a la regla contenida en el artículo 508 del Código de Procedimiento, en el sentido de que los fallos sobre el derecho de cesantía de que aquí se trata, sólo pueden revisarse por la Corte a virtud de apelación, ya que solamente a este recurso se refirió la Ley 22 de 1942 al prever la segunda instancia en esta clase de negocios. Y la norma de excepción del referido artículo 11 es de igual fuerza a la del Código Judicial,

porque fue dada, como la de éste, por el legislador. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, agosto 19 de 1944). . .441, 1ª

PENSIONES A LOS MIEMBROS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

— 78 —

Ha sentado la Corte la doctrina de que sea el Tesoro Nacional y no la Caja de Previsión el obligado a pagar las pensiones de jubilación de los antiguos miembros del Organo Jurisdiccional, en acatamiento al artículo 18 de la Ley 22 de 1942. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, noviembre 6 de 1944) 558. 2ª

PERJUICIOS

— 79 —

Los ferrocarriles están sometidos a la obligación que al respecto establecen los incisos 2º y 3º del artículo 8º de la Ley 76 de 1920, que en síntesis estatuye que en los puntos en que los ferrocarriles crucen a nivel de los caminos públicos, se establecerán barreras que deben cerrarse, si posible automáticamente con la debida anticipación al paso de los trenes y que en los lugares donde no sea posible establecer barreras se mantendrán permanentemente guardas encargados de impedir el paso a transeúntes en el momento de circular los trenes. Según el último inciso de la norma que se cita, se establece que las empresas de los ferrocarriles responden, en cada caso, de los daños y perjuicios que se causen por la omisión.

Considera la Corte oportuno observar que no es la titularidad de la zona ni el solo cumplimiento de ciertos requisitos legales lo que da por sí a aquélla el carácter de vía pública. Esta se caracteriza por una cuestión de hecho, o sea el paso permanente, continuo y regular, sin prohibición de nadie, y de una manera pública, de peatones, autobuses, ferrocarriles, camiones, etc.

Todo lo cual no va a decir que, enterados los conductores de vehículos de que un ferrocarril no tiene las barreras ni señales prescritas por la ley, no deben obrar, al atravesar el paso a nivel, con todo cuidado y diligencia que evite un error de conducta. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 10 de 1944). 49, 2ª

PERJUICIOS

— 80 —

Innúmeras veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto le ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración.

El derecho de denunciar criminalmente, constitutivo también de obligación o deber legal, no es por sí un acto que pueda comprometer la responsabilidad civil del denunciante; pero puede llegar a constituír una culpa y de este modo fuente de una obligación, cuando no se hace con un objetivo serio y de justicia, y con buena fe y honestamente, pues asume entonces la naturaleza y consecuencias

del acto abusivo e ilícito. No basta para demostrar la ilicitud, la mera circunstancia de que la investigación culmine con un sobreseimiento o sentencia absolutoria. Es necesario que el demandante produzca la prueba plena de las circunstancias especiales constitutivas de la culpa. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 10 de 1944). 113, 1ª

PERJUICIOS

— 81 —

La responsabilidad del Estado en casos como el que constituye el objeto de este litigio se basa en la aplicación que ha de darse a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, en cuanto del contenido de esos preceptos legales se puede inferir el principio de que por razones de subordinación y dependencia, la culpa personal del empleado que ocasiona daño a terceros, con ocasión del servicio prestado, recae sobre el empleador, quien en ese caso puede ser reconocido como responsable en virtud de una especie de presunción de culpabilidad consistente en falta de vigilancia o mala elección de su empleado o dependiente. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, septiembre 25 de 1944). 505, 1ª

PERJUICIOS

— 82 —

Ya ha dicho la Corte que "la parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral queda expuesta de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del artículo 1546 del Código Civil y a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 ibídem; pero la primera de estas disposiciones, al conceder el derecho optativo al contratante diligente, la niega implícitamente al que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, como lo impone la buena fe que es principio básico del derecho contractual, porque la ejecución simplemente unilateral de un contrato sinalagmático pugna con la justicia y es inconciliable con la economía y el espíritu de ese acto jurídico. La acción de cumplimiento corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas; de modo que para el ejercicio legalmente correcto de esta acción no basta que el demandado haya dejado de cumplir las prestaciones a que se obligó, sino que es indispensable también que se haya colocado en estado legal de mora, que es condición previa de la exigibilidad, para lo cual es preciso que el contratante demandante haya cumplido por su parte las obligaciones que el contrato bilateral le imponía o que está pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, porque de otra manera el demandado no sería moroso en virtud del principio consignado en el artículo 1609 del Código Civil que traduce en fórmula positiva el aforismo de que "la mora purga la mora".

La reparación de perjuicios por violación contractual, como lo tiene establecido la jurisprudencia sobre los términos precisos del artículo 1546 del Código Civil, es una consecuencia de la resolución o del cumplimiento del contrato, y la acción para obtenerla es accesoria y subordinada de cualquiera de las dos principales.

El problema de la acumulación de responsabilidades, consistente en saber si la infracción de una obligación contractual sólo da derecho al acreedor para demandar la correspondiente indemnización por la vía legal de las correspondientes acciones contractuales o si puede perseguir la reparación del daño

por la vía delictual o cuasidelictual, lo tiene resuelto nuestra jurisprudencia en el sentido de que no es posible. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 13 de 1944). 191, 1ª

PERSONERIA

— 83 —

Ya ha dicho la Corte que para ejercitar validamente cualquier acción, esto es, para precisar desde el punto de vista legal los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: a) Capacidad para ser parte; b) Capacidad para comparecer en juicio, y c) Legitimidad en la causa. Estas tres condiciones no constituyen el contenido de ningún pleito, sino su viabilidad. Deben ser siempre examinadas de oficio por el sentenciador y cuando cualquiera de ellas falta, la decisión nunca versa sobre el fondo del derecho controvertido. Se infiere de esto que si en el presupuesto procesal no aparece demostrada la personería sustantiva, bien de acuerdo con los requisitos exigidos por la ley para su constitución y existencia o bien en la forma especial determinada por el legislador para evidenciarla en juicio, falta procesalmente la persona cuyos derechos se han de declarar o negar en la sentencia.

El fenómeno de la personería, mirado desde un punto de vista adjetivo o sustantivo, tiene caracteres diferentes: el primer aspecto mira a la mera representación y origina excepción dilatoria; el segundo se vincula íntimamente con la acción debatida, se confunde con el derecho mismo y es causa de una excepción perentoria que el Juez debe declarar de oficio, cuando al través del proceso la encuentra evidente. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 1º de 1944). 166, 1ª

POSESION DEL CARGO DE JUEZ

— 84 —

La ley presume de derecho la posesión del Juez cuando hay constancia del nombramiento y del posterior ejercicio de las funciones. (Artículo 7º del Código Judicial). (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2016, noviembre 13 de 1944). 220, 2ª

PREMEDITACION

— 85 —

La premeditación, tanto en la antigua legislación como en la actual, debe ser afirmada en el auto de proceder, y declarada por el Jurado, para que pueda ser tenida en cuenta en la aplicación de la pena. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 27 de 1944). 355, 2ª

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD DE LA LEY PENAL

— 86 —

La Corte ha dicho en diferentes ocasiones que para respetar el principio constitucional y legal de la favorabilidad de la ley penal, el juzgador debe hacer un estudio comparativo entre la ley antigua y la nueva para deducir en su conjunto cuál de las dos le conviene más al procesado, pero que no le es lícito desintegrar preceptos aislados de un estatuto derogado para complementarlos con trozos de disposiciones aisladas del nuevo. Esa jurisprudencia tiene todavía mayor firmeza cuando se trata precisamente de la aplicación de las penas, pues es obvio suponer que los sistemas punitivos establecidos en las leyes obedecen a una orientación técnica y armónica, de tal modo que las sanciones accesorias deben jugar ineludible-

mente con las principales. De ahí que resultaría incongruente aplicar las penas principales de una legislación y las accesorias de otra. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 11 de 1944). 234, 1ª

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD DE LA LEY PENAL

— 87 —

El principio de favorabilidad, consignado en los artículos 44 de la Ley 153 de 1887 y 3º del Código Penal, no permite comparar dos artículos del mismo Código para atenerse al que asigne pena más suave, sino que se refiere a la comparación entre la ley vigente al tiempo del delito y una ley posterior a él, a fin de que se prefiera, entre las dos, la que resulte más benigna. (Casación, LVIII, Nº 2016, septiembre 27 de 1944). 307, 1ª

PRUEBA ESCRITA

— 88 —

El artículo 1767 del Código Civil sentó un principio rígido y general al estatuír que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que ha debido consignarse por escrito, y ese principio fue atenuado por los artículos 91 y 82 de la Ley 153 de 1887, que limitaron el rigor de la norma primitiva, para los actos o contratos que valgan menos de quinientos pesos. El artículo 1767 habla de obligaciones, el 91 de actos o contratos, que en el fondo es lo mismo porque en unos y en otros existe el vínculo jurídico, un acto jurídico no es lo mismo que un hecho jurídico, para lo cual basta observar que muchos hechos de esta naturaleza se producen independientemente de la voluntad y que en los hechos jurídicos, el vínculo, que liga entre sí a las partes y que constituye la esencia de las obligaciones, no existe proveniente de un acto de voluntad. Esta es una de las razones por las cuales para la validez de un acto jurídico son necesarias las condiciones de capacidad, pleno consentimiento, causa lícita y objeto lícito, elementos que no tienen interferencia en muchos hechos jurídicos. Como los artículos 1767 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887 se refieren únicamente a las obligaciones, no pueden aplicarse esas normas a los hechos jurídicos.

El dinero aportado al matrimonio, entra a la sociedad conyugal, quedando ésta obligada a la restitución de igual suma. No es necesario en este caso, ni posible muchas veces, la prueba escrita, sino que como se trata de establecer un hecho, el aporte, es susceptible de ser demostrado por otros medios entre los cuales está la prueba testimonial. No se le oculta a la Corte que hay casos, y éstos son los menos, en que la prueba debe ser solemne, por no radicarse el dominio sino mediante ciertas solemnidades. Tal sería el caso en que uno de los esposos pretendiera excluír de la sociedad conyugal un inmueble, por haberlo aportado al matrimonio; como no pudo aportarlo sin ser dueño, y como esta calidad, en tratándose de inmuebles, sólo se demuestra con la respectiva escritura pública tendría entonces que exhibirla. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 31 de 1944). 102, 1ª

— R —

RECURSO DE CASACION

— 89 —

No es procedente el recurso de casación en sentencias proferidas en juicios sobre liquidación provisional de la sociedad conyugal conforme a la Ley 28 de 1932, pues esos juicios se tramitan mediante el procedimiento breve y sumario del artículo 1203 del Có-

digo Judicial. (Auto, Sala de Casación Civil, LVIII, Nº 2016, octubre 17 de 1944). 64, 1ª

RECURSO DE REVISION

— 90 —

El fallecimiento del reo que ha intentado la revisión y solicitado pruebas dentro del término correspondiente del recurso, no inhibe a la Corte para decidir el asunto, porque la resolución podría aprovechar no directamente al condenado. pero sí a sus herederos que, en la hipótesis de un resultado favorable, obtendrían la rehabilitación de la memoria del procesado, como también el beneficio de no pagar indemnización. Es verdad que el Código de Procedimiento Penal no es tan explícito como lo eran las leyes anteriores, que permitían la interposición del recurso de revisión por parte del cónyuge o de los parientes del condenado, que hubiese fallecido (artículo 2º, Ley 33 de 1909), pero es lógico pensar que la nueva Ley procedimental no pretendió desnaturalizar el sentido de aquel recurso extraordinario que sólo puede prosperar en casos excepcionales y demostrados en los términos exigidos por el mismo Código.

De los artículos 577 y 578 del Código de Procedimiento Penal se deduce que la nueva Ley procedimental fue menos afortunada que la anterior en cuanto a la clara determinación del alcance del recurso, y en cuanto al señalamiento de las personas que pueden intentarlo, pero a pesar de ello el propósito legislativo de conservar la tradición sobre los efectos de la revisión no se ha perdido. Desde luego, en los casos en que la Corte decretara la revisión de un proceso, a pesar de haber fallecido el condenado, la repetición del juicio penal tendría características especiales por la falta del principal protagonista, pero esa peculiar fisonomía del asunto no impediría la revisión (Sentencia, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2016, octubre 5 de 1944). 213 1ª

REFORMATIO IN PEJUS

— 91 —

El Tribunal Superior puede cambiar la situación jurídica que erradamente ha planteado un Juez Superior al no reconocer la premeditación con que obró el procesado. En ese caso no se agrava la situación del responsable sino que se satisfacen los intereses de la justicia. Con unos pocos ejemplos resaltará más el pensamiento que ha querido expresarse. Un Juez de Circuito llama a juicio a un individuo por el delito de hurto; el procesado apela, y el Tribunal descubre que la infracción es otra: robo, v. g. Por el hecho de que el robo es un delito más grave que el hurto, ¿tiene que guardar silencio o consentir semejante error, autorizando así una nulidad del proceso, o sea permitiendo que se surta un juicio sin validez, puesto que lo nulo nada vale, y que se imponga una sanción sin juicio o se absuelva sin él? Y si el delito cometido no fuera de la competencia del Juez de Circuito que avocó su conocimiento, sino de la del Juez Superior, ¿habría, en el mismo caso de apelación del procesado, que amparar el desatino por no agravar la situación del responsable? (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 6 de 1944). 283, 1ª

REIVINDICACION

— 92 —

La acción de dominio es un conflicto entre el ocupante que a su tenencia material agrega ánimo de señor —**corpus et animus**— y que por eso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá

esa presunción y lo dejará vencido. No cabe suponer ese conflicto sin tal pretensión en una y otra de las partes contendoras. Otras serán las acciones y recursos del dueño para recuperar cuando lo suyo es tenido por otro que no tiene ánimo de señor. La acción reivindicatoria implica necesariamente este ánimo en el demandado y no sólo en el demandante. Las reglas de la acción reivindicatoria son aplicables en los casos a que se refiere el artículo 971 del Código Civil, a los que esta disposición extiende ese procedimiento; pero conceder esta extensión no es erigir en caso de reivindicación los contemplados allí. En otras palabras, no puede entenderse el artículo 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión el mismo título que él cierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente. Diversos son los caminos por donde se llega a esa situación de mera tenencia. Preciso es distinguir entre ellos, a fin de saber cuáles son las situaciones en que son aplicables las reglas y proceder antedichos dentro del artículo 971; el poseedor material de una cosa en que está vinculado un derecho o cuota de otro, que no desconoce, pero que se niega a entregársela; el propietario de la cosa cuyo usufructo en mano ajena terminó y a quien no se le entrega porque el usufructuario se niega a hacerlo; el dueño de una cosa ocupada por otro como administrador que, sin negarle ese dominio, no se la entrega, están autorizados para acudir a ese procedimiento y obtener la aplicación de estas reglas a fin de recuperar, aprovechando la mencionada extensión concedida por aquella disposición legal, sin que por ello pueda decirse que en rigor de verdad es un reivindicante que está ejerciendo precisamente la acción de dominio, tal como si éste le fuese desconocido por el respectivo conduño, usufructuario o administrador que para no entregar adujerá ánimo de señor. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 8 de 1944).

173 1ª y 2ª

REIVINDICACION

— 93 —

En el caso del artículo 956 del Código Civil la acción de dominio, como real que es, para recuperar una cosa o un derecho real, debe dirigirse contra el que sea poseedor de la una o del otro, porque los tenga con ánimo de señor o dueño, de suerte que el dueño, para reivindicar, tiene que dirigir su acción, contra todos los herederos si los bienes de la sucesión no se han dividido, o contra el adjudicatario de la cosa, y así, demandado un solo heredero si los bienes de la sucesión no se han partido o si la cosa no se ha adjudicado solamente a él, puede alegar la excepción correspondiente, o para que la acción se dirija contra todos los herederos o contra todos los adjudicatarios de la cosa. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 22 de 1944).

137, 2ª

REIVINDICACION

— 94 —

Interpretando la Corte la Ley 28 de 1932, ha sentado de manera uniforme que para disponer de los bienes sociales los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ellos ocurrido a verificar la distribución provisional de ella, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º. La Corte ha sostenido que es necesaria para la validez del acto jurídico de enajenación la intervención de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya

formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º (1). De esto se deduce que la mujer, como socia y, por lo tanto, partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido, tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 11 de 1944). 57, 2ª

REIVINDICACION

— 95 —

La acción reivindicatoria puede ser directa y, por decirlo así, autónoma y principal, e indirecta o accesoria, dependiente de otra. Es ejemplo de lo primero la que asiste en el caso de venta de cosa ajena, en el cual el verdadero dueño demanda al actual poseedor sin necesidad de atacar en su demanda título alguno, sino aduciendo los que acreditan su dominio y con él le confieren tal acción (artículos 946, 950 y 1871 del Código Civil). De lo segundo el caso en que el demandante tiene que invalidar un título que lo privó de su dominio y en que sólo así justifica, con su calidad de dueño, su acción reivindicatoria. En los pleitos de esta última clase o modalidad ocurría argüir que como la reivindicación no se ejercita sino por el dueño, primeramente había de recuperarse esta calidad destruyendo lo que se le había quitado, para poder fundarse en esta base sólida. Pero una jurisprudencia ajustada a las exigencias de la economía procesal admitió una vez por todas que en una misma demanda se ejerciten desde luego las dos acciones, aunque, al tratarse de compraventa, el poseedor actual sea persona distinta del comprador. Esto, por otra parte, evitó que mientras cursara y quedara definitivamente decidida la contienda de nulidad, se consumara una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria. Innecesario decir cómo es posible que las dos acciones se ejerciten en su orden y separadamente. Lo que es inadmisible es ejercitar la reivindicatoria sin la de nulidad; o seguir la de nulidad, junto con la reivindicatoria sin figurar en el juicio sino los terceros actuales poseedores, que, siendo precisamente los indicados como responsables de esta última, no lo son en manera alguna de aquélla, la cual ha de ventilarse entre quienes fueron partes contratantes en el contrato sobre cuya nulidad versa ante todo el litigio. El vendedor que sostiene no haberse desprendido de su dominio, no obstante mediar en contrario una cierta convención, o que aspira a recuperarlo por sobre ella o a pesar de ella, tiene que invalidarla como requisito indispensable para su calidad de dueño, indispensable a su turno para que le asista la acción reivindicatoria. Al demandar por ambas a la vez, si el comprador posee aún, no hay al respecto la menor dificultad. Si, demandado por ambas, ya no es poseedor, lo habrá de manifestar así en la oportunidad y con los efectos establecidos por el Código Judicial en su artículo 215. Y si demanda ejercitando a la vez ambas acciones, pero dirigiéndose tan sólo contra el tercero que, como poseedor actual, ha de responder de la reivindicación, acontece que la de nulidad queda dirigida contra persona distinta de la obligada a responder, por la decisiva razón de no ser tales demandados partes contratantes en la convención que ha de anularse como clave y razón de ser de la acción de dominio. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 11 de 1944). 62, 1ª

(1) Esta doctrina ha sido abrogada por la Corte en decisiones posteriores.

(El Relator de la Corte).

REIVINDICACION PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL DE LOS BIENES VENDIDOS POR EL MARIDO SIN INTERVENCION DE LA MUJER

— 96 —

La Corte ha resuelto más de diez veces, lo mismo que los Tribunales del país, que en virtud de haber perdido el marido desde el 1º de enero de 1933 el carácter de jefe de la sociedad conyugal y, por lo tanto, el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la sociedad conyugal, los cuales vinieron a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe, con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los cónyuges. Consecuencia de la premisa anterior, que es la interpretación jurídica y acertada del estatuto consagrado por la Ley 28 de 1932, fue y ha sido la de que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa. (1). Por lo tanto, cuando el marido, creyéndose dueño exclusivo de los bienes sociales los vende con prescindencia de su mujer, ésta o sus herederos tienen la acción consiguiente para impetrar la restitución de lo vendido a la sociedad conyugal, a fin de que cuando ésta se liquide, se dividan según las normas del Código Civil. Y no es necesario, como lo ha expresado la Corte, que esta acción reivindicatoria se dirija también contra el marido vendedor, sino que basta dirigirla contra el adquirente poseedor por lo mismo que no se trata de una nulidad sino de una acción restitutoria. La venta que hace el marido en esas condiciones no es nula al tenor del artículo 1871 del Código Civil; lo que resulta es que no perjudica ni es oponible a la mujer o a sus herederos, quienes tienen la acción para pedir el reintegro de esos bienes para la sociedad conyugal. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 18 de 1944), . . 67, 2ª

(1) En decisiones posteriores abrogó la Corte esta doctrina. **(El Relator de la Corte).**

REMATE

„ — 97 —

La vinculación entre el remate y el auto aprobatorio, que el recurrente llega a identificar, implica una confusión inaceptable. Sin negar en manera alguna la necesidad de la aprobación como complemento de la licitación, preciso es reconocer que ésta es simplemente, como la palabra lo indica, el **visto bueno** de lo ocurrido en el acto del remate y en lo atañedero a lo que de ese acto queda pendiente que es tan sólo lo relativo al pago, ya porque éste haya de hacerse después en el breve plazo de horas que señala la ley o en el que por excepción, en su caso, acuerden los interesados, ya porque esté hecho previamente. Cuandoquiera que se necesita como complemento de un acto dado su refrendación o aprobación por medio de providencia judicial, no se toca como fecha el de ésta. Del propio modo que la sentencia que decreta una reivindicación no señala con su propia fecha la inicial del pago de frutos, el fallo que decide sobre la validez de un pago por consignación no altera en manera alguna la fecha de ésta. Así, aunque precisamente es necesaria esta sentencia ejecutoriada para llegar a la plena firmeza de que habla el artículo 1664 del Código Civil, en su caso, no por eso el efecto de la consignación válida deja de producirse desde el día de ésta, al tenor del artículo 1663 de la misma obra. Todo porque la indagación judicial necesaria para que el Juez, oídas las partes, se cerciore de lo que en derecho corresponde, es algo muy distinto del acto mismo, materia de esa indagación. (Casación LVIII, Nº 2016, octubre 9 de 1944). 41, 2ª

REPETICION POR PAGO DE LO NO DEBIDO.

— 98 —

La acción de repetición por pago indebido no es otra que la denominada genéricamente **in rem verso**, destinada a destruír el fenómeno del enriquecimiento sin causa jurídica, pero limitada y conformada, como lo ha dicho la Corte, a la naturaleza legal específica del cuasi-contrato reglamentado en el Código.

El error que entra en la composición jurídica del pago indebido es la falsa creencia de ser deudor por referirse a una obligación inexistente; si se paga a sabiendas de que no se debe, los efectos son distintos de los del pago de lo no debido. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 2, de 1944). 128, 2ª

REPRESENTACION DEL HIJO MENOR.

— 99 —

El requisito exigido por el artículo 246 del Código Judicial solamente tiene lugar cuando en un juicio universal el padre o madre de familia tiene un interés opuesto en la causa o está moralmente impedido para representar al hijo menor. De manera que sólo en juicios universales, como el de sucesión, está la madre impedida para ostentar la representación legal de sus hijos menores, pero nunca en otra clase de procesos como un juicio ejecutivo. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 27 de 1944). 89, 1ª

RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS. — CALCULO DE LA CAPACIDAD PRODUCTIVA DE UNA PERSONA.

— 100 —

Ha dicho ya la Sala que "el funcionamiento irregular y defectuoso del servicio puede originarse también en una falta personal del agente encargado de obrar. En tal caso sobre el comitente recae igualmente la obligación de reparar. Pero es necesario que la culpa del agente haya sido cometida, con intención o sin ella, al desarrollar y poner en práctica sus atribuciones. Es el caso de la función ejecutada con torpeza por malicia o simple negligencia. Surge en estas circunstancias una acción reparatoria doble en pro de la víctima: contra el comitente por la mala prestación del servicio (culpa **in vigilando**); y contra el empleado o agente por la culpa personal en que haya incurrido. Pero estas acciones tienen un carácter alternativo en el sentido de que no admiten acumulación, y que lograda la indemnización de uno, se carece de derecho para cobrarla también del otro".

Calcular la capacidad productiva de una persona por lo que ella necesite para sostener el hogar, es punto de partida completamente arbitrario, alejado de la realidad. Con el mismo fundamento, al señalar los peritos cualquiera cantidad o suma mínima o máxima de pesos, se haría de aceptación forzosa, pues las necesidades de una persona o de una familia pueden hacerse ilimitadas o reducirse a cantidades irrisorias; en cualquier caso es el reinado de la arbitrariedad. Por eso la capacidad productiva tiene que relacionarse con algo real y tangible, con lo que la persona esté ganando en el negocio, actividad u ocupación perdida. De lo contrario la indemnización de perjuicios dejaría de ser reparación de daños efectivos para convertirse en motivo de especulaciones teóricas y terreno propicio a los desarrollos de la imaginación. Ese sistema de formular cálculos por abstracciones, ausentes de apoyo en la realidad económica acreditada procesalmente, cuando menos en las líneas principales en que debe descansar todo avalúo, lo tiene condenado la

Corte. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2016, septiembre 26 de 1944). 512, 1ª y s.s.

ROBO.

— 101 —

Jueces, Tribunales y también la Corte han reconocido que, por ejemplo, cuando se asalta una casa de noche con el objeto de dar muerte a alguien, incumbe tanta responsabilidad al asaltante que procura y obtiene la salida del dueño de la casa, como al que dispara sobre éste y lo mata; y que tanto es autor de robo el que se apodera de las cosas como el que sujeta violentamente a los moradores del lugar mientras su compañero efectúa aquella sustracción. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944). 340, 1ª

— S —

SANCION CONTRA FUNCIONARIOS PUBLICOS QUE INTERVIENEN EN POLITICA.

— 102 —

La ley estableció como delictuoso para los funcionarios y empleados públicos el hecho, lícito para los simples ciudadanos, de intervenir en debates de carácter político. Ese precepto envuelve una prohibición que debe ser especialmente respetada por los funcionarios del orden judicial y los Agentes del Ministerio Público, que representan en sus delicadísimas misiones a la justicia y a la sociedad, y por esa causa deben disfrutar de la confianza general que naturalmente desaparece cuando se ponen al servicio de menesteres partidistas. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2016, noviembre 13 de 1944). 219, 2ª

SENTENCIAS PROFERIDAS POR CONSEJOS DE GUERRA.

— 103 —

Ni la Ley 84 de 1931 (Código Militar), ni el Código de Procedimiento Penal le atribuyen a la Corte la facultad de conocer en casación de sentencias proferidas por Consejos de Guerra, ordinarios o superiores. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2016, octubre 4 de 1944). 211 1ª

SIMULACION

— 104 —

La Corte ha reconocido dos clases de simulación que, empleando por analogía calificativos legales, se han llamado absoluta y relativa. Aquélla, o sea la total, ocurre cuando a la verdad sólo formalmente hay contrato. En una compraventa, por ejemplo, en que no ha habido sino la escritura pública que la expresa, pero no ánimo de transferir en quien se dice allí vendedor ni de adquirir en quien aparece comprando, ni ha habido precio sino en las frases o cláusula respectiva, no hay en realidad un contrato, pues que faltan elementos indispensables para que se produzca y, más aún, para que en términos generales se haya producido un acuerdo de voluntades, una convención. De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad abstracta, al punto de que, como en algunos de sus fallos ha dicho la Sala, pueda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro y también en el sentenciador para invalidar un contrato cuando se demuestra lo procedente a que se acaba de aludir, sin exigir palabras sacramentales y, por ende, sin verse impedido para decidir en conformidad con las probanzas porque se haya empleado o dejado de emplear

éste o aquél de esos vocablos al apellidar en el libelo la acción incoada.

En la simulación parcial o relativa lo que se pretende es que prevalezca sobre el contrato aparente, atacado por esto, lo estipulado en otro contrato secreto u oculto que es el que contiene la verdadera voluntad de las partes. Disfrazar de compraventa una donación, fingir aquélla a una persona como testaferro para que se transfiera con verdad y firmeza a otra, o fingirla tan sólo para que el comprador, provisto de esta calidad e investido de ella ante terceros, venda más tarde para el verdadero dueño, ejercitando así en rigor de verdad un mandato sin representación, son ejemplos de lo que frecuentemente conduce a esta simulación parcial o relativa que, en su caso, da ocasión al antedicho litigio sobre prevalencia. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 15 de 1944).

196, 1ª

SOCIEDADES MERCANTILES

— 105 —

Cuando se trata de personas jurídicas de carácter privado, como son las sociedades civiles o comerciales, los reglamentos y los estatutos a que ellas deben someterse, vienen a ser título originario, fundamental y constitutivo de su existencia. La constitución de las sociedades comerciales se prueba por medio de la escritura respectiva o, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 40 de 1907. Enseña Labbé que la sociedad puede considerarse ya como contrato, ya como personalidad. Es indudable que el artículo 36 citado, inspirado en tal principio, no trata de la escritura social como prueba de la sociedad-convención, pero ve en su extracto una demostración de la existencia de la sociedad-persona. Posteriormente estableció la Ley 28 de 1931, en sus artículos 40 y 41, que para acreditar la constitución y existencia de una sociedad comercial bastaba un certificado suscrito por el Presidente y el Secretario de la respectiva Cámara de Comercio, sellado en debida forma, con las condiciones que en esos artículos se indican.

Sin la prueba de la existencia de una persona jurídica, tal como una sociedad comercial, falta en el juicio uno de los presupuestos procesales, o sea la capacidad sustantiva de una de las partes.

Al tenor de los artículos 40 de la Ley 28 de 1931, 469 del Código de Comercio y 2º de la Ley 42 de 1898, tratándose de una sociedad comercial el extracto debe contener los nombres, apellidos y domicilios de los socios; la razón y firma social; los socios encargados de la administración y el uso de la razón social; el capital que introduce cada uno de los socios y la época en que la sociedad debe principiar o disolverse. (Casación, LVIII, Nº 2016, diciembre 1º de 1944). 166, 2ª

SORTEO DE JURADOS

— 106 —

El artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, al hablar de la extracción de las fichas correspondientes a los Jurados que se tratan de reemplazar, se refiere al número de las balotas que deban insacularse, es decir, que si se debe sustituír un Jurado, se sacará una sola ficha, pero si fueran dos se insacularían dos, y así sucesivamente. Este precepto legislativo tiene sin duda su explicación en el cambio de sistema traído por el Código, pues en la anterior legislación siempre se insaculaban, en los sorteos parciales, lo mismo que en los totales, balotas en número superior al de los Jurados que iban a reemplazarse, porque el reo y el Ministerio

Público hacían uso del derecho de caprichosa recusación, hoy suprimido. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 20 de 1944). ... 227, 1ª

SUMINISTRO DE PAPEL

— 107 —

Ha sido doctrina constante de la Sala de Casación Civil que siendo la obligación de suministrar papel, común a ambas partes, cuando las dos han sido recurrentes, el suministro de papel, o la gestión hecha por alguna de ellas favorece a la otra y la libra de las sanciones establecidas por la ley. (Auto, Sala de Casación Civil, LVIII, Nº 2016, octubre 17 de 1944). 65, 2ª

— T —

TESTAMENTO

— 108 —

El criterio que ha de guiar a los Jueces para interpretar las cláusulas del testamento y apreciar las formalidades que él debe reunir para su validez, de acuerdo con las prescripciones legales es el de la libertad de apreciación para que se respete y cumpla en cuanto sea posible la voluntad del testador. Esta debe prevalecer en toda circunstancia, pero tal criterio de autonomía interpretativa no puede echar a un lado las condiciones de que la ley civil rodea al acto testamentario para darle eficacia y hacer que se cumpla la voluntad del testador, siempre que ésta no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales.

De conformidad con el artículo 1071 del Código Civil, es nulo el testamento solemne, que, en ausencia de notario, no se otorga ante cinco testigos. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 18 de 1944) 71, 2ª

TRANSACCION

— 109 —

La parte favorecida por un fallo no ejecutoriado aún puede, por vía de transacción, renunciar los derechos que por él se le hayan reconocido y, por tanto, desistir del juicio, sin que esto implique un atentado contra la cosa juzgada que no existe aún, porque ella fue modificada voluntariamente por la parte favorecida, procedimiento que no es contrario ni a la ley ni al orden público. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 3 de 1944). 36, 2ª

TRANSPORTE

— 110 —

El contrato de transporte no es solemne para que pueda pensarse que el billete de porte o conducción es requisito sin el cual el contrato no existe. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 30 de 1944). 150, 2ª

— V —

VEREDICTO

— 111 —

El antiguo Código de Procedimiento Penal disponía que las cuestiones propuestas fueran resueltas por el Jurado con las palabras "sí" o "nó"; pero agregaba aquella ley: "si juzgare que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias diversas deberá expresarlo brevemente en la contestación". (Artículo 48, Ley 169 de 1896). Mediante ese sistema el Juez no estaba en rigor obligado a proponer cuestiones o preguntas formuladas por la defensa, ni ésta tenía, de ordinario, la necesidad de pedirlas o pro-

ponerlas; y era lo usual que solicitara más bien al Jurado, si veía como ineludible el veredicto afirmativo, que agregara al "sí" alguna explicación: por ejemplo, "Sí, pero en riña casual", o cualquiera otra circunstancia modificadora. En esta forma podía plantearse y desarrollarse la defensa ante el Jurado. Al estatuír el nuevo Código de Procedimiento que los Jurados respondieran al cuestionario en la forma categórica SI o NO, sin que pudiese agregar explicación alguna, se limitaba el poder de la defensa ante el Jurado a la consecución de una negativa rotunda; y puesto que no siempre puede situarse la cuestión de la responsabilidad en uno de los dos términos inflexibles de SI o NO, los autores del Código estimaron lógico, y además equitativo, compensar la institución del veredicto categórico con la posibilidad de que las partes pudieran sugerir al Jurado otras soluciones distintas, no inverosímiles y, en todo caso, acordes con los diversos matices de la responsabilidad. Ello explica la disposición del artículo 503 del Código de Procedimiento Penal. La Ley 4ª de 1943 cambió el sistema de cuestionarios y volvió al antiguo: restableció la deliberación colectiva del Jurado y suprimió los cuestionarios múltiples, pero en cambio reprodujo, casi textualmente, el precepto del artículo 48 de la Ley 169 de 1896.

En el caso de autos, el proceso en que se dictó la sentencia recurrida se tramitó de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal no reformado aún; de manera que el procesado tenía derecho a la garantía o medio de defensa consistente en pedir todos los cuestionarios que considerara necesarios, y a que el Juez los aceptara. (Casación, LVIII, Nº 2016, septiembre 18 de 1944). 301, 1ª

VEREDICTO

— 112 —

La reforma procedimental de 1938 suprimió el tema de la injusticia del veredicto como materia de casación.

Ya tiene sentada la Corte jurisprudencia sobre la manera como debe interpretarse el veredicto y sobre lo equivocada que resulta la tesis de pretender contabilizar, por separado, las respuestas individuales de cada uno de los cinco miembros del Tribunal de conciencia. Esta misma corporación tiene decidido que el escrutinio es la pauta que debe tener en cuenta el Juez de derecho para proferir su fallo. (Casación, LVIII, Nº 2016, junio 7 de 1944). 241, 1ª

VEREDICTO

—113 —

Tratándose de juicios por Jurado, en el veredicto se contienen sintéticamente los elementos esenciales del hecho incriminado y de la responsabilidad. (Casación, LVIII, Nº 2016, septiembre 25 de 1944). 303, 1ª

VEREDICTO

— 114 —

En los juicios por Jurado el veredicto es la base para la sentencia y sirve de derrotero para la aplicación de la ley penal. (Casación, LVIII, Nº 2016, septiembre 27 de 1944). 306, 1ª

VEREDICTO

— 115 —

En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley

a los Jurados no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 6 de 1944). 309, 1ª

VEREDICTO

— 116 —

Es a los Jueces y Tribunales a quienes atribuye la ley, y no a la Corte, la declaración relativa a la contradicción del veredicto con la evidencia de los hechos, ya que lo contrario sería aplicar la segunda causal de casación a los juicios por jurado y convertir este recurso extraordinario en una tercera instancia, lo que es opuesto a la técnica de casación. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 27 de 1944-. 378, 2ª

VEREDICTO

— 117 —

La Ley 118 de 1931 requería perentoriamente, para que pudiese alegarse luégo como motivo de casación, la cuestión de notoria injusticia del veredicto en las instancias. Esa exigencia de la ley tenía un fundamento bien claro, porque la casación no es una tercera instancia, en la cual se haga nuevo examen y valoración de las pruebas —máxime tratándose de juicios por Jurado— sino un recurso extraordinario que tiene por objeto decidir si la sentencia de segunda instancia es o nó violatoria de la ley por alguno de los aspectos previstos en las causales de casación, entre ellos, según aquella ley, cuando la sentencia se hubiera fundado en un veredicto que adoleciera de notoria injusticia.

Ha dicho varias veces la Corte que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso, pues la convicción moral exigida por la ley a los Jurados no está subordinada a las condiciones o reglas sobre la certeza legal. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 25 de 1944-. 321, 1ª

VEREDICTO

— 118 —

No por erróneo puede calificarse de injusto un veredicto; y el veredicto fundado sobre la prueba indiciaria no puede por esa sola circunstancia estimarse como injusto. Pero estas apreciaciones han de entenderse en el sentido de que el indicio, como elemento de convicción, ha de tener lógica y jurídicamente un fundamento o comprobación suficiente, y el valor probatorio de tál. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los Jueces de derecho acerca de la notoria injusticia apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los Jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado. (Casación, LVIII, Nº 2016, octubre 30 de 1944). 330, 2ª

VEREDICTO

— 119 —

La Corte ha dicho en varias ocasiones que lo contradictorio de un veredicto no consiste en la discrepancia de sus términos con pruebas del proceso, o con opiniones sobre puntos de derecho, porque en tal caso habría "apenas campo a la declaración de notoria

injusticia". Para que el veredicto pueda calificarse de contradictorio, es decir, en pugna con el principio de contradicción, es necesario que sus términos impliquen la afirmación y la negación de la misma cosa, por el mismo aspecto y al mismo tiempo. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944).

337, 1ª

VEREDICTO

— 120 —

La sentencia del Juez de derecho tiene como fundamento inmediato, cuando se trata de juicios por Jurado, el veredicto de éste; y las pruebas del sumario son fundamento apenas mediato a ellas. Doctrina constante ha sido también de la Corte que al Juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los Jurados no está subordinada a las condiciones o reglas sobre la certeza legal. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944). 342, 1ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 121 —

Hay contradicción del veredicto cuando el Jurado declara la existencia de la premeditación y el acto primo o emocional originado por la pasión de los celos.

Esta contradicción no quita al homicidio el carácter de asesinato, si el mismo Jurado declaró otras de las circunstancias que lo configuran, como la indefensión o inferioridad de la víctima. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 15 de 1944). 366, 1ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO Y VEREDICTO CONTRAEVIDENTE

— 122 —

Entre el veredicto contradictorio y el veredicto contraevidente hay diferencia integral: el primero, se realiza cuando el Jurado responde afirmativamente dos cuestiones excluyentes entre sí; y el segundo, cuando el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos acreditados en el proceso.

La declaración de veredicto contraevidente es atribución privativa de los falladores de instancia, y no de la Corte, porque tal dedeclaración llevaría a revivir una causal de casación excluída en el Código de Procedimiento Penal vigente. (Casación, LVIII, Nº 2016, noviembre 20 de 1944). . . . . 369, 1ª y 2ª

VEREDICTO INJUSTO

— 123 —

Varias veces ha expresado la Sala que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los Jurados no está subordinada a las condiciones o reglas sobre la certeza legal. (Casación, LVIII, Nº 2016, julio 28 de 19424).

288, 2ª

SUPLEMENTO QUE CONTIENE LAS DOCTRINAS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE PUBLICADAS EN EL Nº 2017 DE LA "GACETA JUDICIAL".

— A —

ACTA DE REMATE

— 1 —

El acta de remate, con su auto aprobatorio y su registro, constituye título legal de dominio que se equipara a escritura pública, al tenor del artículo 1072 del anterior Código Judicial y 1052 del nuevo. La forma procedente en este caso de cancelar el registro del remate judicial, como acto traslaticio de dominio, sería una sentencia de nulidad del mismo, proferida en juicio ordinario; y en tanto que esa decisión de fondo y definitiva no se haya pronunciado y adquirido la fuerza y autoridad de cosa juzgada, continúa siendo justo título que ampara al rematador. A esto se agrega que el artículo 1030 del C. J. estatuye que la sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan 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. (Casación, LVIII, Nº 2017, diciembre 14 de 1944). 579, 2ª

— B —

BALDIOS

— 2 —

Sobre las Resoluciones administrativas que suelen dictarse en el sentido de que determinados terrenos no son baldíos sino de propiedad particular ha expresado la Corte su opinión en una doctrina que puede resumirse así: se les niega a tales actos administrativos la eficacia correspondiente a un título emanado del Estado en relación con el dominio privado de los terrenos amparados por sus declaraciones, fundándose para ello el juzgador en dos principales razones: 1ª Porque el espíritu de las disposiciones en virtud de las cuales obraba el funcionario que las dictaba no era otro que el de atender a una necesidad general, el amparo administrativo de los establecimientos agrícolas o industriales que representaran un aprovechamiento de las tierras en pro de la riqueza nacional, separándolas de aquellas que estuvieran incultas, sobre las cuales no existiera interés alguno por parte de los colonos, y que por lo tanto podían ser objeto de adjudicación a quien las solicitara a la correspondiente dependencia del Ejecutivo, mediante el respectivo trámite legal; cumpliéndose una gestión administrativa encaminada a realizar un empadronamiento de la propiedad particular, previas ciertas comprobaciones, de modo que las decisiones tomadas como resultado de tal gestión no eran en manera alguna reconocimientos jurídicos que hicieran tránsito a cosa juzgada, pues esta calidad solamente es propia de las providencias dictadas por el Organo Jurisdiccional; 2ª Porque los términos en que están redactadas tales Resoluciones dejan ver la ineficacia con que podrían ser alegadas como títulos traslaticios de dominio, con fuerza de verdad jurídica, ya que en ellas mismas se deja a salvo la posibilidad de su revisión por la

autoridad competente. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, febrero 16 de 1945). 783, 2ª

BALDIOS

— 3 —

El artículo 5º de la Ley de 11 octubre de 1821, la primera que dictó el Congreso de la República sobre enajenación de tierras baldías, dispuso "que los que poseeyeren tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción deberán concurrir en el tiempo perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas". Los poseedores debían acudir a la correspondiente oficina de hacienda para la expedición del título respectivo y el juez, en consideración a la posesión material otorgaba la prescripción declarando dueño al poseedor. En el caso de autos la sentencia que se ha traído al proceso consagró la propiedad particular de las tierras a que ella se refiere, basándose en una justa prescripción, y es por tanto título al que corresponde reconocerle la plenitud de sus efectos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, febrero 26 de 1945). 812, 2ª

BUENA FE

— 4 —

La buena fe es fenómeno psíquico que se presume mientras no se aduzcan pruebas fehacientes que la desvirtúen. (Casación, LVIII, Nº 2017, diciembre 14 de 1944). 580, 1ª

— C —

CASACION

— 5 —

Cada vez que la causal de casación justificada fuere la 1ª, 2ª o 3ª, la Corte debe invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, como lo ordena el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal. Luego esta entidad procede entonces como Tribunal de instancia. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2017, enero 24 de 1945). 695, 2ª

CAUSALES DE CASACION

— 6 —

La ley procesal vigente no incluyó dentro de las causales de casación la injusticia del veredicto, causal que sí existía en el Código anterior. De otro lado. esta Corporación ha decidido, por mayoría de votos, que la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimento Penal no tiene aplicación en los juicios sometidos a decisión del Jurado. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 21 de 1945). 716, 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

— 7 —

En anteriores ocasiones ha dicho la Corte que para poder computar la primera circunstancia agravante, conforme al Código Penal de 1890, (artículo 1117), es necesaria la demostración de que el hecho delictuoso ha producido una alarma, un escándalo o un desorden de especial magnitud, esto es, diversos de los que lógica y naturalmente produce toda infracción penal. Observación similar

puede hacerse con respecto a la segunda agravante fijada en ese artículo, por cuanto todo delito exige la represión consiguiente y si en alguna época se presentare una agudización en determinada actividad delictiva, que hiciere preciso un movimiento de mayor actividad por parte del Estado, para que mediante severidad especial se intimide a los peligrosos, es obvio que esa circunstancia debe encontrarse probada en el expediente, es decir, es indispensable que las estadísticas muestren que determinado delito está ocurriendo con mucha frecuencia y que es necesario penar más rigurosamente a fin de que haya el escarmiento de que hablaba el Código anterior.

Ha dicho la Corte que "cuando en el recurso de casación encuentra, de acuerdo con la alegación del recurrente, que el Tribunal apreció indebidamente como agravantes del delito circunstancias que no lo son y se halla por tanto en el caso de desconocerlas, nada impide entonces que tenga en cuenta otras que son en verdad agravantes y que se hallan demostradas en el proceso, aunque la sentencia recurrida no las haya apreciado. Injusto sería hacer caso omiso de ellas cuando se desconocen otras que contribuyen a hacer la acertada aplicación de la Ley Penal. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 23 de 1945). 705, 1ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

— 8 —

No se pueden aplicar, para agravar la responsabilidad, circunstancias de mayor peligrosidad cuando ellas son también elementos constitutivos del delito y ya se han tenido en cuenta para su calificación específica; lo contrario constituye violación del principio **non bis in idem,** consagrado en todas las legislaciones. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 6 de 1945). 709, 2ª

COADYUVANCIA

— 9 —

La Corte ha distinguido con nitidez entre la coadyuvancia simple y la listis consorcial, tanto en sí mismas como en sus consecuencias legales, y establecido la diferencia de situaciones, de capacidades y de personería para el coadyuvante, según lo sea de la una o de la otra de esas dos clases. Conduce a esa diferenciación o, por mejor decir, la determina ante todo el hecho de tener o no la sentencia la fuerza de cosa juzgada contra el coadyuvante, importantísimo detalle éste que se vincula íntimamente con la relación jurídica que exista o falte entre el coadyuvante y el adversario. Cuando no hay esta relación, cuando ella es sólo entre el coadyuvante y el coadyuvado, cuando la sentencia no ha de tener la fuerza de cosa juzgada para aquél, entonces la coadyuvancia es simple. Y cuando la sentencia alcanza con esa fuerza al coadyuvante, cuando hay aquella relación entre éste y el adversario, entonces la coadyuvancia es litisconsorcial. Si, v. gr. en juicio reivindicatorio se introducen los acreedores del deudor, lo que puede hacer en su caso, el síndico del concurso de bienes en que éste se halle, para defender con el patrimonio del mismo el respaldo de las respectivas acreencias, es claro, de un lado, que no hay relación jurídica entre los intervinientes, y el actor y, de otro, que la sentencia no los cobija con su fuerza de cosa juzgada siendo así que los bienes controvertidos no son de ellos ni los poseen, y que, por lo mismo, no han sido señalados en la demanda como reos, no es a ellos a quienes el demandante les disputa. Esa sentencia no los toca jurídicamente, aunque económicamente ha de afectarlos en pro o en contra,

según absuelva al demandado o lo condene. Se tiene así un ejemplo clarísimo de coadyuvancia simple. En ella los coadyuvantes no habrían podido apelar del fallo adverso consentido por el demandado expresa o tácitamente; ni tampoco, aun siendo él y ellos apelantes, habrían podido llevar adelante su recurso en el evento de que el deudor desistiese del suyo.

Cuando la coadyuvación es litisconsorcial el desistimento que del recurso de casación hace una de las partes en un juicio no perjudica a la otra y en tal virtud el recurso interpuesto por ésta debe ser admitido para que siga su curso legal. (Auto, Sala de Casación Civil, LVIII, Nº 2017, marzo 1º de 1945).

631, 1ª

COMPENSACION DE CULPAS

— 10 —

La compensación de culpas tiene lugar cuando el que sufre el daño se expuso a él imprudentemente o si un error de conducta ha sido la causa determinante de tal daño. Ese es el sentido y el alcance del artículo 2357 del Código Civil. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 28 de 1945). 627, 2ª

COMPETENCIA

— 11 —

Solamente son competentes para conocer de las acciones en que la Nación actúa ya como demandante o como demandada, el Tribunal del domicilio del particular que la demanda o es demandado por ella (artículo 152, ord. 2º y 155 del C. J.), y el del lugar donde se hallan situados los bienes total o parcialmente (artículo 152, ord. 12 ibid.). Fuera de estos dos Tribunales, no podría ventilarse un juicio en que la Nación sea parte, porque habría que realizar una prórroga de competencia que, como ya se ha visto, no es posible puesto que siempre son los Agentes del Ministerio Público los que actúan en representación de la Nación ante los Tribunales de Justicia, y a ellos les está prohibido expresamente hacer uso de esta institución legal.

La disposición del inciso 2º del artículo 153 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la misma materia de que trata el inciso 1º del artículo de que forma parte, artículo que a su vez pertenece a las normas que reglan la competencia, y que por tanto rige para los casos de prórroga de jurisdicción, puesto que a éstos se refiere otro grupo de reglas del Código. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, diciembre 16 de 1944). 756, 1ª

CONFESION DEL PROCESADO

— 12 —

La confesión de un procesado es indivisible, de suerte que es necesario admitirla respecto de los descargos, cuando es prueba única de la responsabilidad; pero si a más de la confesión obran otras pruebas acerca de aquélla, la declaración del procesado no es indivisible. (Casación, LVIII, Nº 2017, enero 24 de 1945). 693, 2ª

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

— 13 —

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, primero por la ley 29 de 1931 y luégo por los decretos legislativos que restauraron esta entidad, tiene doble poder: es delegatorio de la Administración de los ferrocarriles de propiedad nacional y sus anexidades y mandatario judicial en todo asunto que se relacione con esa administración. Y

desde que se reconozca la existencia de este poder general para bienes especiales, comprende así bienes raíces como bienes muebles, pues el poder no ha excluído los segundos. De consiguiente es inaceptable excluírlos alegando que las facultades administrativas no implican capacidad de enajenarlos, porque la representación judicial que tiene el Consejo no dimana de que es administrador, sino de facultades expresas al respecto conferidas en mandatos legales. Es sabido que el mandatario judicial posee implícita en el juicio la potestad de comprometer al mandante, ya se trate de bienes muebles o de inmuebles.

Aun cuando el Decreto Nº 1420 de 17 de julio de 1943 recortó la autonomía y personalidad del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, tal como las concibió la Ley 29 de 1931, el Decreto Nº 1842 de 1943 estableció en su artículo 1º la representación por el Administrador General, con exclusión del Ministerio Público, en lo referente a los Ferrocarriles Nacionales y cables aéreos, ante toda clase de autoridades y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios, gozando en materias judiciales y administrativas de todos los privilegios concedidos a la Nación. Lo mismo estableció el Decreto Nº 2645 de 30 de diciembre de 1943. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, marzo 22 de 1945). 829, 1ª

— D —

DEMANDA

— 14 —

La demanda, que es la pieza esencial de todo proceso judicial, es un acto libre de quien pretende la protección jurisdiccional del Estado, y como los jueces carecen en el ejercicio de su jurisdicción civil de toda iniciativa para la escogencia de las acciones o vías legales abiertas a la elección de los interesados, es preciso darle a las demandas el sentido y alcance que inconfundiblemente se desprenda de sus términos. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 24 de 1945). 620, 1ª

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION

— 15 —

Aunque la Corte ha tenido una progresiva amplitud en la interpretación de las disposiciones de la ley sobre oportunidad para formular la demanda de casación, autorizando que se haga antes del término establecido para el efecto, no puede, sin embargo, llevar su largueza interpretativa hasta el extremo de aceptar que se puede fundar el recurso formulando la demanda de casación, no sólo extemporáneamente sino ante otra autoridad judicial distinta de la Sala de Casación Civil de la Corte y en libelo no destinado a ese fin, sino con ocasión de la interposición del recurso ante el Tribunal. Esto ya desencajaría la reglamentación procedimental. Por esto no tiene la Sala la impresión de que incurre en excesivo formulismo al concluír que en este caso no hay por qué tener como tal un libelo producido antes de ser concedido el recurso destinado, según sus propios términos, a interponerlo ante el Tribunal demostrando su procedencia, dirigido a entidad distinta de la Corte y no revivido o reproducido en forma ninguna ante ella. (Auto, Sala de Casación Civil, LVIII, Nº 2017, febrero 9 de 1945). 594, 1ª

DICTAMEN PERICIAL

— 16 —

La condición de que el dictamen pericial esté debidamente fundamentado, que es lo

esencial de esa prueba, corresponde calificarla al Juez sentenciador, quien la acepta o la niega para otorgar o negar fuerza probatoria al dictamen. ((Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 20 de 1945). 615, 2ª

— E —

EMPRESA Y COMPAÑIA

— 17 —

El uso general baraja las dos voces de empresa y compañía hasta hacerlas prácticamente sinónimas, en especial al tratarse de las de energía eléctrica, lo que no sólo acontece en forma popular, sino aun en altas esferas. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 16 de 1945) 669, 2ª

ERROR RELATIVO A LA EPOCA DEL DELITO Y SU PRUEBA

— 18 —

El error en la denominación jurídica del delito, como el error relativo a la época en que se cometió, requieren la comprobación lógica y razonada de su existencia para que funden la causal de nulidad.

Estos errores pueden llegar a vulnerar el principio de estabilidad de las formas procesales, principio que protege y sanciona los derechos de las partes en el proceso penal. (Casación, LVIII, Nº 2017, noviembre 10 de 1944) ..... 686, 1ª y 2ª

— G —

GANANCIALES

— 19 —

Es muy común y de ocurrencia diaria confundir el derecho de gananciales con otro derecho que uno de los cónyuges pudiera tener en la sucesión del otro y así se nota en la redacción del artículo 1234 del Código Civil que dice que se imputará a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, si no la renunciare, lo que literalmente quiere decir que la mitad de gananciales hace parte del derecho que pudiere percibir a cualquier título un cónyuge en la sucesión del otro. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 12 de 1945). 596, 1ª

— H —

HECHOS DE LA DEMANDA

— 20 —

De manera reiterada ha sentado la Corte la doctrina de derecho procesal de que los fallos judiciales, en virtud del lazo de instancia que delimita y restringe las funciones del fallador, no pueden apoyarse sino en los hechos alegados en la demanda o presentados en la contestación por el demandado, que aparezcan debidamente demostrados en el debate probatorio. (Casación, LVIII, número 2017, diciembre 14 de 1944) ...578, 2ª

HIJUELA DE DEUDAS

— 21 —

Por mandato imperativo del artículo 1393 del Código Civil el partidor, sea o no requerido por los herederos o el albacea, estará obligado a formar el lote o hijuela que se expresa en el artículo 1343 del mismo Código, para cubrir las deudas conocidas, y como las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, a cada uno de ellos debe señalársele en la partición

la suma que debe cubrir para extinguir las deudas hereditarias. (Casación, LVIII, número 2017, febrero 12 de 1945) 596, 1ª

— I —

INCONGRUENCIA

— 22 —

La inconsonancia a que alude la causal 2ª del artículo 520 del C. J. no es entre las pretensiones del actor y el éxito esperado del pleito, sino entre la demanda y demás pretensiones, oportunamente deducidas por los litigantes, y la parte resolutiva de la sentencia en cuanto ésta se separe arbitrariamente de esa pauta obligatoria, con desconocimiento del principio de derecho procesal consignado en el artículo 471 del Código Judicial. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 24 de 1945) 620, 2ª

INDICIOS

— 23 —

Los indicios no necesarios pueden constituír plena prueba de la responsabilidad cuando, analizados en su conjunto, pluralidad, precisión, gravedad y conexión, inequívocamente señalan al procesado como autor de la infracción. (Casación, LVIII, Nº 2017, diciembre 2 de 1944) 689, 2ª

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

— 24 —

Muchas veces ha sostenido la Corte que una demanda puede interpretarse con el objeto de buscarle alguna efectividad o realidad a lo pedido, siempre que no se varíen o modifiquen los factores de la litis. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 21 de 1945). 678, 2ª

INSTRUMENTOS PUBLICOS PRESENTADOS EN JUICIO

— 25 —

Aunque la forma normal de llevar a los autos durante el término probatorio del juicio instrumentos públicos es la señalada en el artículo 636 del Código Judical, empero si tales instrumentos han sido allegados al juicio por presentación directa de una de las partes y así aceptados como prueba por el Juez del conocimiento en el correspondiente auto sobre admisión de pruebas, y sin objeción alguna de la parte contraria en el momento de tal aceptación, no puede concluírse que carezcan ellos, en absoluto, de todo mérito probatorio hasta el punto de llegar a admitir que por la forma como fueron presentados han de mirarse como si en realidad no figuraran en el proceso y desestimarse por completo en el fallo final. Presentados en forma distinta a la indicada en el artículo 636 del C. J. posiblemente no se les podría reconocer, en sí mismos considerados, el que procedan en realidad del funcionario público que dice expedirlos en ejercicio de determinadas funciones y de la manera que en ellos se expresa, ya que entonces la deficencia de que se resentirían sería propiamente de la que en realidad no constaría en el juicio que se tratase de un genuino instrumento público, es decir, no constaría la autenticidad misma de él y en cuanto ésta consiste "en el hecho de haberse realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tales instrumentos se expresa". (Artículo 21 del Código Civil). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017) 793, 2ª

— J —

JORNALES

— 26 —

Las demandas referentes a pago de jornales se tramitan en juicio breve y sumario, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 45 de 1939.

Por disposición expresa del artículo 1213 del C. J. los fallos que profiera un Tribunal en el juicio verbal que ha debido seguirse en este caso, no están sujetos al recurso de casación. La admisibilidad del recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma y en la solución de este punto va envuelta, como lo ha dicho la Sala de Casación, una cuestión de jurisdicción, puesto que al tenor de la disposición contenida en el artículo 148 del C. J. usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin haberla adquirido legalmente. Este principio de que la simple tramitación equivocada no desnaturaliza la índole legal de la sentencia, para los efectos del recurso de casación, ha sido norma de doctrina de la Sala. (Auto, Sala de Casación Civil, LVIII, Nº 2017, diciembre 7 de 1944) 574, 2ª

— L —

LEGITIMA DEFENSA

— 27 —

Sobre la legítima defensa acogió la Corte el siguiente concepto del señor Procurador: "Uno de los requisitos esenciales de la legítima defensa es el de que haya una violencia actual, esto es, inminente, hasta el punto de no dar tiempo a recurrir a la protección de las autoridades. Realizada la agresión injusta ya el mal está hecho y no hay de qué defenderse. Sólo queda al ofendido recurrir a la justicia para que imponga la respectiva sanción y ordene las indemnizaciones pecuniarias a que haya lugar. Y si el ofendido reacciona después contra el injusto agresor, su acción reviste entonces un carácter antijurídico y delictuoso, porque es el brote de la venganza, forma aguda del odio. De ahí que la legítima defensa implique una situación de angustia, de necesidad y urgencia en el empleo de la fuerza individual, en vista de las apremiantes circunstancias de amenaza en que se encuentra el acometido injustamente. Este requisito es fundamental tanto en la defensa de la vida o de la integridad personal como respecto de los demás atributos o derechos subjetivos de la personalidad humana: la agresión injusta no hay que dejarla realizar, porque de lo contrario el agredido sólo obra por causa de una provocación, en un estado de ira o intenso dolor. De aquí nace cabalmente la diferencia entre la legítima defensa y la provocación. En la primera, el acto defensivo se actualiza cuando aún no se ha consumado el mal que pretende el agresor, y todo el interés y la conciencia del atacado se concentran en un móvil eminentemente social y humano, como es el de la conservación y el de la defensa de su derecho en trance de ser lesionado; en tanto que en la provocación se reacciona ante un mal ya consumado, sea de palabra o de hecho, y el espíritu que anima al que procede en esas condiciones es el de la venganza, es el del resentimiento, es el del orgullo ofendido. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 23 de 1945) 703, 1ª

LIQUIDACION DE PERJUICIOS

— 28 —

Cuando la sentencia no señala bases concretas de liquidación del perjuicio, corres-

ponde al demandante determinarlas en la demanda del posterior incidente de liquidación. Incidente que tiene su término probatorio cuando esa demanda es impugnada en todo o en parte por el demandado, con el fin de habilitar al juez para fijar el importe de la condena con pleno conocimiento de causa, "en vista de lo alegado y probado". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, número 2017, abril 30 de 1945) 865, 1ª

— M —

MANDATO

— 29 —

Es claro que siendo el mandato, como lo tiene establecido la jurisprudencia, naturalmente remunerado, el corredor encargado de agenciar una venta, que encuentra comprador, tiene derecho a remuneración aun cuando luego el dueño venda a otro directamente, pero nada obsta que los contratantes pacten expresamente que si no se consigue determinado precio no hay lugar a estipendio. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 14 de 1945). 602, 1ª

— N —

NOTIFICACION DEL AUTO DE PROCEDER

— 30 —

Es indudable que el no haberse notificado en debida forma el auto de proceder causa nulidad porque así lo dispone de modo terminante el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal (numeral 3º); y ello tiene un fundamento muy razonable cual es el de que tal pieza del proceso formula lo que pudiera llamarse el pliego de cargos en contra del procesado, de manera que si de alguna providencia debe dársele cabal conocimiento dejando de ello testimonio fidedigno en el expediente, es de dicho auto. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 17 de 1945) 714, 1ª

NULIDAD

— 31 —

No es lo mismo la nulidad de un juicio que la de un acto o declaración de voluntad. Un acto de esa clase es nulo en los casos de los artículos 1740, 1741 y 2º de La Ley 50 de 1936, que modificó el 15 de la 95 de 1890, el cual no rige hoy. La nulidad de los juicios y de las sentencias, en casos verdaderamente restringidos, está contemplada en los artículos 457 y 478 del Código Judicial y reglamentada por ellos. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 6 de 1945). 636, 2ª

— P —

PERICIA MEDICO-LEGAL COMO FUNDAMENTO DE LA REVISION

— 32 —

Para que la pericia médico-legal sobre perturbación funcional transitoria de órgano o miembro, pueda fundar la revisión, se requiere que su falsedad sea probada si se trata de la causal tercera, y que esa pericia haya determinado el fallo condenatorio. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2017, diciembre 6 de 1944). 691, 2ª

PERJUICIOS

— 33 —

Los servicios profesionales, por regla general y desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, no constituyen propiamente un mandato porque no conllevan la idea de re-

presentación ni de gestión por cuenta del mandante; pero si a esos servicios está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, como acontece en el caso de un procurador judicial, entonces la sujeción a las normas del título 28 del libro 4º del C. C. obedece no sólo a la disposición de la Ley sino a su propia naturaleza, porque en tales condiciones son constitutivos de un verdadero mandato. Tal es el caso del profesional de la abogacía que por convenio se encarga de representar a una persona en juicio, denominado apoderado judicial por el artículo 251 del C. J. Esta especie de mandato, de naturaleza solemne, vinculado particularmente al derecho procesal, se rige especial y preferencialmente por las disposiciones legales que el Código de Procedimiento Civil establece en el Capítulo II, título IV del libro II, bajo el epígrafe "Apoderados", sobre su celebración, forma, capacidad, terminación y demás condiciones que lo caracterizan como un mandato específico sin perjuicio de quedar sometido en lo demás a la normación general del mandato.

No determina y enumera la Ley de Procedimiento Civil causales especiales de terminación del mandato judicial o cesación de las funciones del apoderado, de tal modo que es acertado concluír que este contrato termina en los casos generales que señala el artículo 2189 del C. C., con las modificaciones especiales que consagra el Código Judicial. De acuerdo con los principios normativos del mandato, para que la renuncia del mandatario, que autoriza el precitado artículo en su numeral 4º, ponga término al contrato, es necesario que le sea notificada al mandante, pues las obligaciones que le corresponden al mandatario, según lo establece el artículo 2193 de la misma obra no tienen fin sino después de transcurrido un término razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados. De otro modo se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante. Esta regla general sobre terminación del mandato por renuncia del mandatario tiene su modificación especial y de aplicación obligatoria, tratándose de los apoderados judiciales, en el artículo 265 del C. C. Así también el artículo 264 del C. J., establece, a diferencia de lo que al respecto estatuye el C. C., que el mandato no termina con la muerte del poderdante ni por la cesación de las funciones del que lo dió como representante de una persona natural o jurídica si ya está notificada la demanda, a no ser que sea revocado por los herederos o por la persona natural o jurídica a cuyo nombre se había conferido, o que expire el mandato por otra causa legal. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 17 de 1945). 674, 1ª

PERJUICIOS

— 34 —

Cuando se trata de responsabilidad por culpa contractual, según los autores y la jurisprudencia, no hay lugar a la reparación de daños morales. Esta circunstancia de ser estéril la responsabilidad contractual para la reparación del perjuicio consistente sólo en sufrimento moral es precisamente una de las muchas modalidades que la diferencian de la que se genera en la culpa aquiliana.

El artículo 95 del Código Penal no ha tenido aplicación sino en tratándose de fijar el **Pretium doloris**, pero en manera alguna respecto de los perjuicios morales propiamente dichos, que por ser objetivables sobre el patrimonio material pueden ser avaluados probatoriamente. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 20 de 1945). ..... 613, 1ª y 615, 2ª

PERJUICIOS

— 35 —

El artículo 2358 del Código Civil se refiere a un caso de culpa extracontractual y no al propio de la culpa contractual, cuyos términos de prescripción liberatoria están llamados a ser regidos por las disposiciones legales propias de la reglamentación contractual misma. En el caso de autos las disposiciones aplicables son las del contrato de transportes, conforme al artículo 322 del Código de Comercio, y, por tanto, no le es aplicable la disposición del artículo 2358 del Código Civil.

Según lo tiene admitido la Corte en reiterada jurisprudencia, en casos de la naturaleza del que se contempla en el fallo, no existe posibilidad de avaluar pecuniariamente por peritos el daño moral subjetivo y en cambio hay lugar a aplicar el criterio contenido en el artículo 95 del Código Penal sobre fijación prudencial por el Juez de la indemnización correspondiente al perjuicio moral hasta una suma que no pase de dos mil pesos para cada uno de los ofendidos.

Habiendo pedido el actor la reparación del daño para la sucesión o para los herederos de la víctima del accidente es obvio que tal petición no puede prosperar, ya que la indemnización en casos de esta naturaleza no corresponde a una concepción de bienes o derechos dejados por la persona muerta a sus herederos, y en calidad de parte integrante del patrimonio de aquella, sino a derechos nacidos directamente a favor de personas sobrevivientes radicadas en cabeza propia de éstas y sin la intervención necesaria de la noción jurídica de herencia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, marzo 16 de 1945). 824, 1ª

PERJUICIOS

— 36 —

La personería para demandar perjuicios contra el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro en su propiedad no radica exclusivamente en que quien demanda sea el dueño de la cosa, sino que basta que sea habitador o usuario, según el artículo 2342 del Código Civil. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 28 de 1945). 626, 2ª

PERJUICIOS

— 37 —

En el caso a que alude el proceso la víctima, en ejercicio de sus funciones como empleado del tren, ocupaba un puesto de peligro que él debía conocer y que lo obligaba a desplegar sumo cuidado y diligencia en la actividad que le competía, precisamente, entre otros fines, con el de resguardarse de aquel peligro. De ahí que fuera arbitrario presumir la culpa de la empresa, siendo así que el empleado tenía a su cargo ese deber primordial de vigilancia, inclusive consigo mismo, que lo situaba en un plano especial de relaciones con respecto a ella, distinto del que ocupara otra persona ajena a la empresa o a la movilización de los convoyes. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, marzo 24 de 1945). ..... 836, 2ª y 837, 1ª

PERJUICIOS

— 38 —

Ya se considere con base en la relación contractual o en una orden meramente extracontractual, la acción para la indemnización de perjuicios ocasionados por un accidente de trabajo no está circunscrita o limitada exclu-

sivamente al derecho en las leyes 57 de 1915 y 45 (artículo 1º) de 1939. Con efecto, un análisis detenido de la ley 57 de 1915 y de las demás leyes especiales que se han dictado en lo atinente a la indemnización por accidentes en el trabajo, lleva a la conclusión de que no es posible interpretarlas en el sentido de que ellas hayan excluído la correspondiente acción común u ordinaria conforme a los principios generales del Código Civil, para alcanzar la reparación, real o íntegra, de los perjuicios que el daño produjo. (Auto, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, noviembre 14 de 1944). 748, 2ª

PERJUICIOS

— 39 —

El artículo 1617 del C. C. se refiere a los perjuicios simplemente moratorios, esto es, a los que provienen de la sola mora en el pago, la cual no puede existir sino a partir de la fecha en que nace y se hace exigible la obligación de pagar la cantidad de dinero, y no a los perjuicios compensatorios a que alude el artículo 1613 ibidem. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 7 de 1945). ..... 647, 1ª y 2ª

PERJUICIOS

— 40 —

Para ser procedente una demanda por indemnización de perjuicios se necesita precisamente la concurrencia de estos elementos: existencia de una obligación, incumplimiento de ella, perjuicio y relación de causalidad entre éste y ese incumplimiento o cumplimiento imperfecto o retardado. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 5 de 1945). 582, 2ª

PERJUICIOS

— 41 —

Respecto a un comprador de un automóvil que se halla en las condiciones de inferioridad jurídica con relación a su vendedor que le ha transferido el goce de él bajo la cláusula "reservati dominii", inferioridad que repercute sobre su patrimonio propio, puede controvertirse al menos si le es aplicable el contenido de la regla general del art. 2342 del Código Civil, que se refiere a un caso simple de indemnización que ha de pedir el propietario de un bien, o si al contrario, aunque denominado ese comprador mero depositario del bien respectivo, es en él donde está radicado el interés jurídico para demandar la indemnización por el daño sufrido por culpa de extraños respecto a dicho bien; y, más aún cuando aparezca que fue realmente el comprador quien atendió en el hecho, con sus propios recursos, a la reparación material del vehículo de que se trata. En el caso de autos la prueba del dominio del automóvil está a favor del comprador del vehículo, por haber pasado aquél definitivamente al comprador. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, febrero 20 de 1945). 790, 1ª

PERJUICIOS

— 42 —

Tres elementos son indispensables para que se produzca la acción de indemnización de perjuicios: culpa, daño y relación de causalidad entre esos dos.

Ante el artículo 2356 del C. C. hay presunción de culpabilidad a cargo de quien ejercita una actividad peligrosa. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 16 de 1945). ..... 670 y s. s.

PERJUICIOS

— 43 —

En reiterada jurisprudencia ha llegado a aceptar la Corte la presunción de culpabilidad cuando se trata de actividades peligrosas como las desarrolladas por una empresa férrea y más si ella hace girar los trenes por las propias calles de una ciudad. Tal presunción de culpa la ha basado la Corte en el artículo 2356 del Código Civil. Contra esa presunción y para el efecto de hacerla desaparecer, o para aminorar la indemnización que corresponda, hay lugar a tener en cuenta la intervención de elementos extraños, entre los cuales está la culpa de la víctima y también la fuerza mayor o caso fortuito. En el caso del litigio puede partirse de la base incontrovertible de que tanto la entidad que explota un ferrocarril, especialmente si atraviesa las calles de una ciudad, como la empresa que explota un tranvía urbano cuya línea tiene sitios de cruce con el ferrocarril referido, ejecutan ambas actividades de mutua peligrosidad, aparte de la existente para el público en general con tal explotación. Causado el daño a una de esas empresas por obra de la otra, y merced a la presunción de culpabilidad basada en el ya citado artículo 2356 del C. C., hay lugar a la correspondiente indemnización, salvo el caso de que la entidad que causó dicho daño logre probar los motivos de que ya se habló, o sea, los llamados a exonerarla de tales culpabilidad y consiguiente responsabilidad civil. En el caso del litigio hay también una concurrencia de culpas tanto de la parte actora como de la demandada. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, febrero 22 de 1945). 803, 2ª

PETROLEOS

— 44 —

A la luz de los principios jurídicos del derecho positivo, la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación o adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasan al dominio de los particulares, es esencial. A pesar del indiscutible valor jurídico que tienen las mercedes que con arreglo a la legislación vigente concedió entonces la Corona española a los particulares a que ellas aluden, no son suficientemente eficaces para comprobar el dominio territorial en extensión determinada por la vaguedad de los datos que suministran para la determinación del objeto que es materia de ellas.

En cuanto a los actos y documentos entre particulares, anteriores a la Ley 11 de octubre de 1821, ya la Corte ha concluído que documentos de tal naturaleza son insuficientes, por sí mismos, para demostrar la propiedad particular respecto al Estado.

Los actos de explotación económica, considerados independientemente de los títulos que sobre las mismas tierras, o en parte de ellas se habían otorgado a las personas a quienes se refieren los títulos, constituyen la justificación que los interesados pudieron hacer de su posesión durante el régimen colonial, e igualmente al tenor de lo previsto en la Ley 11 de octubre de 1821 (artículo 5º), para obtener, de conformidad con esta norma, el título de propiedad. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, abril 15 de 1943). ..... 724, 1ª y s. s.

PRESCRIPCION

— 45 —

La prescripción cumple dos funciones en la vida jurídica: por ella se adquieren las cosas

ajenas mediante su posesión durante cierto tiempo y por ella también se extingue el derecho a las cosas por el no ejercicio de éste y no uso de las acciones legales para protegerlo. La primera se llama prescripción adquisitiva del dominio y la otra prescripción extintiva. La prescripción adquisitiva debe reunir tres requisitos: 1º que la cosa u objeto sea susceptible de prescripción; 2º que la cosa haya sido poseída durante treinta años, y 3º que la posesión no haya sido interrumpida. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, enero 31 de 1945). 777, 2ª

PRESUNCION DE CULPA

— 46 —

La teoría de las presunciones de culpa en algunos casos de responsabilidad delictual, en los que excepcionalmente se deroga en juicio la regla general **actori incumbit probatio,** se explica por la ocurrencia de hechos dañosos que por su naturaleza misma excluyen la culpa, la intervención, la negligencia de la víctima. Basta citar a título de ejemplo los descarrilamientos y choques de trenes, los siniestros automoviliarios o de aviación, que hacen víctimas al pasajero desprevenido, o al espectador o caminante, que de un momento a otro se ve sorprendido por la catástrofe. En esos casos y otros semejantes, en que la víctima nada ha podido prever, porque apenas ha desempeñado un papel meramente pasivo, sería irrazonable exigirle pruebas de que el daño se debe a culpa originada en descuido o negligencia de quien lo causó. Por eso la genuina doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casación y de Negocios Generales, es la de que la presunción de culpa, que se encuentra consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, "opera en favor de la **víctima pasiva** del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad". (G. J. Tomo 46, página 216). Pero la presunción de culpabilidad es inadmisible en contra del dueño del vehículo y a favor del empleado o dependiente que dirigiendo el vehículo que aquél le ha encomendado se produce un daño. Entonces desaparece la consideración en que la presunción se apoya, consistente en la imposibilidad completa de conocer la víctima el origen o causa del daño, quien por lo mismo tampoco pudo tener el poder de preverlo, debido a la posición que ocupaba cuando lo sorprendió el hecho lesivo, de elemento completamente ajeno y extraño a la ejecución de este hecho. El empleado que por cuenta de otro que tiene el carácter de dueño, dirige o maneja una cosa como automóvil, locomotora, aeroplano, etc., está obligado ante el dueño a cumplir correctamente la función encomendada. Sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar daños en la máquina, en el mismo grado en que lo estaría el propio dueño si él fuera su conductor; y aún tiene otro deber jurídico que no tiene el dueño, originado en su posición de dependiente, consistente en cuidar de la conservación de la cosa, impidiendo, mientras la tenga en su poder, que se destruya o deteriore. De consiguiente, si sobre el dueño gravita la obligación de conducir, con extrema diligencia, cuando él accione sobre la cosa, el empleado tiene exactamente igual compromiso tanto en relación con terceros como con el propio dueño. Esto es obvio. Por lo tanto, si conduciendo sufre un accidente y se lesiona, no puede presumirse la culpa del dueño en el acaecimiento del hecho para los efectos de indemnizar al empleado, pues el accidente ha sido he-

cho propio del conductor, y las personas responden de sus hechos y sufren sus consecuencias. Por el hecho de otro, en materia de responsabilidad delictual no hay presunción de culpabilidad distinta de la que recae sobre la persona bajo cuyo cuidado o dependencia está la causante del daño, según los artículos 2347, 2348 y 2349 del Código Civil. Mas esta presunción, basada en los deberes de vigilancia o mala elección, está creada en favor de los terceros, víctimas del daño.

El empleado causante directo del daño está lejos de contarse entre estos terceros, en relación con el empleador, pues él a su vez debe responderle a éste del daño originado en su hecho personal (artículo 2352, C. C.), en virtud del vínculo jurídico que las ata y que lo obliga a ejercer la función encomendada con sumo cuidado y diligencia para evitar el daño de la cosa, el daño a terceros y aun del propio empleado, que pueda repercutir sobre otros, incluyendo al empleador. En consecuencia, el empleado o dependiente que en ejecución de las funciones de conductor, chofer, maquinista, piloto, mecánico, obrero etc., se causan daños en los momentos en que actúa, originados en un accidente en juicio de indemnización civil contra el empleador debe probar la culpa de éste, como requisito esencial para fundar el derecho de reparación. No presumiéndose, la prueba de la culpa del dueño o empleador es necesaria. Originándose las lesiones en hecho cuyo autor inmediato y visible es el empleado, éste tiene que acreditar satisfactoriamente que ese hecho es el resultado necesario de actos u omisiones del empleador, de gravedad equivalente a la culpa. Es decir que en casos tales no sufre derogación la regla general de derecho probatorio de **actori incumbit probatio.** (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, noviembre 8 de 1944). 741, 1ª

PRUEBA PERICIAL

— 47 —

Muchas son las sentencias en que la Sala de Casación Civil ha expuesto y sostenido la doctrina de que la prueba pericial no obliga sino a través de la valuación jurídica de ella haga el Juez sentenciador, a quien compete en definitiva determinar el mérito y valor demostrativo del peritazgo. "Pero esta facultad judicial de calificación fundamental del peritazgo —dijo la Corte en sentencia visible a la pág. 296 del Tomo LI de la GACETA JUDICIAL— no autoriza, tratándose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica para que los Magistrados o Jueces procedan a fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia con prescindencia o alteración del dictamen pericial, como lo establecía el artículo 79 de la Ley 105 de 1890 en el antiguo régimen probatorio..." (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 7 de 1945). 648, 1ª

PRUEBA PERICIAL

— 48 —

La prueba pericial es pertinente siempre que se trate de demostrar judicialmente hechos cuyo conocimiento depende de la aplicación de principios o prácticas especiales de determinada ciencia o arte, distintos a la ciencia del derecho y en los cuales son expertos conocedores los peritos. Viene a tener oportunidad cuando se requiera hacer apreciaciones u observaciones técnicas que exigen conocimientos especiales de índole profesional. De manera tal que al perito se recurre cuando al afirmarse la existencia de un hecho o su simple posibilidad, son de rigor conocimientos y experiencias de carácter técnico, o cuando debidamente comprobada la materia-

lidad del hecho, es preciso estudiar y conocer a ciencia cierta su naturaleza, origen, calidad, etc. Pero no es necesario que los peritos, para poder emitir un dictamen científico de los hechos sometidos a su estudio, tengan a la vista tales hechos en su desnuda realidad y materialidad, sino que basta con que se haya comprobado suficientemente que tales hechos existieron y que sólo resta conocerlos debidamente en sus factores científicos, en su origen y consecuencias, para que puedan dictaminar sobre ellos. De no ser esto así, nunca se podrían conocer una vez desaparecidos por alguna circunstancia fortuita o expresamente provocada. En todos los casos frecuentes de acontecimientos sísmicos y meteorológicos, en la destrucción de bienes y objetos por causa de culpa extracontractual, en los derrumbamientos, etc., nunca se podría encomendar a peritos el avalúo pericial de los daños sufridos, porque ya el acontecimiento se había realizado y los bienes u objetos materia de la justipreciación habían desaparecido por destrucción. De ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Corte acepten la prueba pericial en tales casos. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 6 de 1945). . . 642, 1ª

PRUEBA TESTIMONIAL

— 49 —

Si el Código Judicial en su artículo 697 para hallar plena prueba en la testimonial requiere el dicho de dos testigos concordantes en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, no priva de todo valor probatorio al dicho de uno sólo, el que, según el artículo 696 ibídem, "constituye presunción más o menos atendible según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición". En la estimación de estos elementos tiene papel decisivo la conciencia del sentenciador. Es de recordarse cómo defiere la ley a ella en la determinación del convencimiento del juez. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 6 de 1945)..... 634, 1ª

— R —

RECURSO DE CASACION

— 50 —

El límite que le impide al Tribunal reformar la resolución de que conoce como Juez "ad quem" está constituído por la propia voluntad del recurrente, que es libre para someter a la decisión del superior sus propios intereses con la amplitud que quiera darle a su recurso. Cuando un recurrente no ataca sino lo desfavorable que contra él contiene una providencia judicial no recurrida por su contraparte, en lo que le favorezca es inmodificable; pero cuando él mismo expresa categóricamente su voluntad en contrario atacando por ilegal la solución que lo favorece, no existe la limitación para decidir el recurso porque en tal caso desaparece su fundamento, que no es otro que una presunta interpretación de la voluntad de quien recurre. El recurso extraordinario de casación tiene, con más rigor que las instancias del juicio, el objeto, contenido y alcance que determine la parte que lo interpone, quien en realidad circunscribe y delimita la jurisdicción de la Corte con la enunciación de sus acusaciones. Es obligatorio darle a la decisión del recurso la extensión fijada y solicitada por el recurrente en el sentido de conformar el fallo acusado a la ley, sin consideración a su propio interés volutariamente contrariado. Con esta interpretación de lo que debe entenderse por "objeto del recurso" en el artículo 494 del C. J., queda a salvo el fin primordial del recurso de casación, instituído en interés de la ley. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 7 de 1945). 646, 2ª

RECURSO DE HECHO POR NEGATIVA DE CASACION

— 51 —

El término para interponer el recurso de casación se cuenta desde el día siguiente a la notificación de la sentencia, la que debe hacerse personalmente si el procesado estuviere detenido.

La notificación por edicto, cuando el procesado estuviere detenido, no lo priva del derecho a interponer el recurso mientras no se efectúe aquélla personalmente.

Para que el recurso de hecho contra el auto que niega la casación, prospere, es necesario se pruebe que este último fue oportunamente interpuesto. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, N° 2017, octubre 13 de 1945).

684, 2ª

REIVINDICACION

— 52 —

La situación jurídica del marido como administrador de la sociedad conyugal, conforme al Código Civil, quedó esencialmente modificada por el imperio de la Ley 28 de 1932, especialmente por los artículos 1º y 7º de dicho estatuto. Desde el día primero de enero de 1933 el marido dejó de ser el administrador único y exclusivo de la sociedad conyugal y surgió también como administradora la mujer. Por imperio de la mencionada Ley el marido no puede disponer, como antes de ella, de los bienes sociales, de los que forman parte del haber de la sociedad conyugal conforme al artículo 1781 del Código Civil, que hayan sido adquiridos antes de la vigencia del estatuto, de una manera absoluta y exclusiva sino conjuntamente con su mujer. Sólo en el caso de la liquidación de la sociedad conyugal de acuerdo con el Artículo 7º de la Ley 28, pueden el marido o la mujer disponer independientemente uno de otro de los bienes que les hayan sido adjudicados en la respectiva liquidación. La jurisprudencia de esta Corte es unánime y múltiple al respecto, desde la sentencia de fecha 20 de octubre de 1938 hasta la del 13 del mes en curso. Así pues cuando el marido dispone exclusivamente de los bienes sociales, a la mujer le asiste la personería suficiente para hacer volver esos bienes al patrimonio social y tiene, por tanto la acción reivindicatoria directa que se dirige contra el poseedor de los bienes sociales vendidos por el marido, y como no se trata de nulidad ni de resolución de un contrato, no es necesario, como lo ha dicho la Corte, que se demande al marido. (Casación, LVIII, N° 2017, marzo 21 de 1945)... 697, 1ª y 2ª.

REIVINDICACION DE UNA FINCA RAIZ VENDIDA POR EL MARIDO ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 28 DE 1932.

— 53 —

De manera constante y uniforme ha venido sosteniendo la Corte su doctrina según la cual el estatuto contenido en la Ley 28 de 1932 se aplica a las sociedades conyugales, no liquidadas, bien sean las establecidas antes de la vigencia de aquella ley, o las formadas después de ella, pues el marido dejó de ser el único administrador de los bienes sociales, ya no es dueño de dichos haberes respecto de terceros y no puede disponer de ellos con independencia de la mujer cuando se trata de bienes adquiridos antes de la vigencia de la Ley 28. En consecuencia, vendida por el marido una finca que pertenecía a la sociedad conyugal, sin anuencia de la mujer, es procedente la acción reivindicatoria (1). Ni vale oponer la

(1) Esta doctrina fue abrogada por la Corte en virtud de la interpretación auténtica de la Ley 28 de 1932 hecha por el Legislador en la Ley 68 de 1946 que constituyó un grave retroceso en la legislación y en la doctrina jurídica.

(El Relator de la Corte).

teoría de la buena fe, pues ésta no es título constitutivo de dominio que pueda oponerse en una acción reivindicatoria. Si la buena fe pudiera hacerse valer en una acción reivindicatoria, contra la parte que exhibe un título constitutivo o traslaticio de dominio, aquélla prácticamente dejaría de existir y perdería toda su eficacia, porque en el giro ordinario de los negocios no es presumible que un individuo compre una cosa ajena, a sabiendas, corriendo las contingencias de perderla en una acción reivindicatoria. Puede decirse que casi en la generalidad de los casos los demandados en reivindicación son poseedores de buena fe y sin embargo contra ellos prospera la acción reivindicatoria si no tienen títulos de dominio o los exhibidos no pueden prevalecer contra los que aporta el reivindicador, de acuerdo con las disposiciones civiles sustantivas que rigen el dominio y la correspondiente acción reivindicatoria. La buena fe en la acción de dominio circunscribe legalmente sus efectos a determinar la extensión de la obligación restitutoria de frutos. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 13 de 1945). . . . 655, 1ª

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

— 54 —

La ley establece en ciertos casos responsabilidad por el hecho ajeno, según disposiciones complementarias de la responsabilidad por el hecho propio. Ese hecho ajeno ha de ser, para tal efecto, de persona que se halle bajo la dependencia o cuidado o al servicio de aquel a quien la ley impone tal responsabilidad. Así el padre y a falta de él la madre, respecto de sus hijos menores que habiten en la misma casa, el guardador respecto de la conducta del pupilo, el marido por la de su mujer, los directores de colegios y escuelas por sus discípulos mientras están bajo su cuidado, los artesanos y empresarios por sus aprendices o dependientes en el mismo caso, los amos por sus criados o sirvientes, dentro de las condiciones señaladas por los artículos 2347 a 2349 del Código Civil. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 6 de 1945). 634, 2ª

REVISION

— 55 —

La revisión, como se deduce del estudio de las causales que la fundan, mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente, y la casación, a errores de derecho; el hecho, pues, de que se haya sancionado la evasión de un detenido por infracciones de la Ley 48 de 1936, es cuestión que atañe a la casación y no a la revisión. (Auto, Sala de Casación Penal, LVIII, Nº 2017, enero 29 de 1945). 697, 2ª

SENTENCIAS EXTRANJERAS

— 56 —

Si nuestra legislación no autoriza el cumplimiento en Colombia de sentencias definitivas no ejecutoriadas, mucho menos el pretendido cumplimiento de simples providencias interlocutorias, como la que hace una declaración de heredero. (Auto, Sala de Casación Civil, LVIII, Nº 2017, marzo 15 de 1945). 666, 2ª

SIMULACION

— 57 —

La pobreza del adquirente de una finca raíz no es de por sí un indicio necesario o siquiera vehemente que conduzca a la inexistencia del contrato. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 13 de 1945). 658, 2ª

SUFICIENCIA DE TITULOS

— 58 —

El artículo 635 del Código Judicial tiene aplicación para los casos de desembargo de plano y en los juicios ejecutivos en que se entabla la acción de oposición a la traba ejecutiva y se pide el desembargo. Mas no para los demás juicios, ni siquiera para el reivindicatorio. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 28 de 1945). 627, 1ª

— T —

TENENCIA

— 59 —

La existencia de un título inicial de mera tenencia desvirtúa la posesión del que se ha levantado contra el dueño, en razón del contenido del artículo 777 del Código Civil, y porque la ley presume que quien ocupa una cosa a nombre de otra persona, la ha seguido ocupando en la misma forma precaria con que empezó a poseerla. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LVIII, Nº 2017, enero 31 de 1945). 779, 1ª

TRANSACCION

— 60 —

Es doctrina de la Corte la de que para la existencia del contrato de transacción se requieren estas condiciones: 1ª La existencia de una diferencia litigiosa aun cuando no se halle **sub judice.** 2ª La voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla. 3ª Las concesiones recíprocas otorgadas por las partes con tal fin. En ocasiones ocurre que el olvido de estos principios conduce a que se tome por transacción un fenómeno jurídico o distinto: también es muy posible que la fórmula transaccional se presente en algunos casos combinada con otras figuras similares para facilitar sus resultados dirimentes. En tal evento, la convención de ese modo celebrada tendrá carácter mixto, pero, tal circunstancia no desfigura la transacción, sino que a cada una de las cláusulas compromisorias habrá de aplicarle la reglamentación legal que le corresponda, hasta donde lo permita la intención de las partes de celebrar una convención, cuyo total depende especialmente del propósito de transigir. (Casación, LVIII, Nº 2017, febrero 19 de 1945). 608, 1ª.

— U —

USUCAPION ENTRE COMUNEROS

— 61 —

La Corte en numerosas sentencias proferidas antes de la Ley 51 de 1943, llegó a aceptar que en ciertos casos excepcionales puede realizarse la figura jurídica de la usucapión entre comuneros y de allí dedujo la consecuencia de que si un comunero logra poseer la cosa común con ánimo de señor y dueño y con exclusión de los demás condueños de origen, hace suya la cosa de un modo absoluto.

La posesión de un comunero puede considerarse de dos modos: como fenómeno jurídico o como hecho. Si lo primero, no será una verdadera posesión sino el reconocimiento de que tiene una especie de "jus ad rem" que podrá hacer valer o no, según que la comunidad esté organizada o desorganizada; sería, en una palabra, una cuota de condominio. No puede haber comunidad de derechos porque el derecho es siempre excluyente. Un comunero no posee sino que tiene derecho en la cosa común. El medio legal de cómo vino a adquirir

su condición de comunero es el título para poseer, que podrá ser justo o injusto; la convicción de que procede honradamente, utilizando su título para expotar la tierra en beneficio propio, en la creencia de que tiene lo que le corresponde, es su buena fe. En forma tal que la buena fé es un estado psicológico o de conciencia del poseedor, que cree tener exclusivo derecho de dominio sobre la cosa que posee.

Entiende la Corte que para que un acto de esta índole, el nombramiento de administrador de la comunidad, produzca el efecto de ocasionar la renuncia tácita de la usucapión, es necesario que a dicho acto concurra el comunero con absoluta libertad y por espontáneo impulso de su voluntad, reconociendo así la existencia del dominio procomunal. (Casación, LVIII, Nº 2017, marzo 15 de 1945).

662, 2ª





TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LVIII DE LA "GACETA JUDICIAL".

(La adición de una S al número respectivo hace alusión al suplemento)

Artículos	números
CONSTITUCION NACIONAL DE 1936	
26	33, 68
31	33
69	31
138	8
139	8
169	68
CODIGO CIVIL	
21	25.S
25	69
265	33.S
659	25
755	25
777	59.S
946	95
950	95
956	93.S
971	92.S
1071	108
1155	73
1234	19.S
1343	21.S
1434	73
1613	39.S
1617	39.S
1664	97
1740	74
1741	74
1767	88
1781	52.S
1857	25
1871	95, 96
1973	25
1974	25
2041	25
2189	33.S
2193	33.S
2342	41.S, 36.S
2347	81, 46.S, 54.S
2348	46.S, 54.S
2349	81, 46.S, 54.S
2352	46.S
2356	42.S, 43.S, 46.S
2357	10.S
2358	35.S
2434	52
2439	53
2443	53
2445	53
CODIGO DE COMERCIO	
39	2
45	2
56	2
57	2
322	35.S
469	105
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
122	13
CODIGO FISCAL DE 1873	
116	25
117	25
118	25

Artículos — números

CODIGO PENAL DE 1890

1117	7.S

CODIGO PENAL VIGENTE

3	87
19	26
20	26
34	76
95	34.S, 35.S
180	65
174	34
208	9
363	54, 56

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

5	8

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

73	58
198	30.S
206	62
431	12
503	111
515	106
567	6.S
570	5.S
577	90
578	90
697	72

CODIGO JUDICIAL

7	84
40	27
76	36
76	36
148	26.S
152	11.S
153	11.S
154	11.S
173	8
215	95
222	47
246	99
251	33.S
252	8
264	33.S

Artículos — números

351	2,75
457	73, 31.S
471	22.S
473	29
474	29
478	31.S
494	50.S
520	17
551	17
593	16, 47
601	16
630	66
635	58.S
636	25.S
696	49.S
697	49.S
956	93
982	13
1030	1.S
1052	1.S
1203	89
1213	26.S
1546	82
1609	82

LEYES ESPECIALES

Ley de 11 de octubre de 1821

5	3.S, 44.S

LEY 68 DE 1870

2	25
5	25

LEY 153 de 1887

44	87
82	88
91	88

LEY 95 DE 1890

15	31.S

LEY 105 DE 1890

79	47.S

Artículos	números
	LEY 169 DE 1896
48	111
	LEY 42 DE 1898
2	105
	LEY 30 DE 1903
3	25
5	25
	LEY 40 DE 1907
36	105
	LEY 33 DE 1909
2	90
	LEY 71 DE 1915
—	68
	LEY 59 DE 1917
2	4
	LEY 76 DE 1920
8	79
	LEY 4ª DE 1930
1	33
	LEY 28 DE 1931
40	105
41	105
	LEY 29 DE 1931
—	13.S
	LEY 79 DE 1931
—	68
	LEY 84 DE 1931
—	68
	LEY 105 DE 1931
—	72
	LEY 118 DE 1931
—	117
	LEY 28 DE 1932
1	52.S
7	52.S, 53, 94
—	53.S, 51, 89, 96
	LEY 88 DE 1935
6	68
8	68

Artículos	números
	LEY 45 DE 1936
—	50
	LEY 48 DE 1936
—	55.S
	LEY 50 DE 1936
2	63, 31.S
	LEY 95 DE 1936
31	28
	LEY 128 DE 1936
6	31
	LEY 160 DE 1936
7	29, 47
	LEY 45 DE 1939
1	26.S, 38.S
	LEY 167 DE 1941
—	13
	LEY 22 DE 1942
11	77
18	78
	LEY 4ª DE 1943
—	111
	LEY 51 DE 1943
1	69, 61.S
	DECRETOS
	DECRETO NUMERO 950 DE 1931
—	33
	DECRETO NUMERO 1793 DE 1931
—	33
	DECRETO NUMERO 1766 DE 1936
—	32
2	68
	DECRETO NUMERO 1420 DE 1943
—	13.S
	DECRETO NUMERO 2645 DE 1943
—	31, 13.S

INDICE ALFABETICO

Páginas

— A —

Acelas Luis José. Causa por homicidio 344
Acevedo Torres Luis E. contra la Nación. Ordinario de indemnización de perjuicios 397
Aguilera Miguel. Salvamento de voto como Conjuez a la sentencia que decidió el juicio ordinario promovido por María Ramírez v. de Suárez y Elisa Suárez Ramírez contra la Nación sobre propiedad de un terreno 832
Alvarez Ciro Alfonso. Condena condicional 695
Alzate Avendaño Gilberto contra Ernesto Garcés. Recurso de casación 593
Alzate de Barahona Mercedes contra Cruz Camacho Fajardo, Pascual Alzate y otros. Ordinario de nulidad de un contrato y de reivindicación 681
Arango T. Emilia, en representación de sus hijos, contra Carmen Arzayús de Saavedra y Julia Arzayús de Salazar. Ordinario de filiación natural 175
Arboleda Guillermo y otros contra Luis Carmona. Ordinario de reivindicación 66
Archila Abelardo y Luis Convers, Síndico del Instituto Homeopático "Luis G. Páez" contra Victoriano Monroy. Ordinario de reivindicación 576
Ardila Velasco Julio. Causa por homicidio ... 377
Ariza José Segundo o Roberto Ariza o Roberto Guarín o Milán Escamilla. Causa por asesinato 353
Arrubla Elisa. Causa por lesiones personales 206
Azcárate José María contra Antonio María Concha y Ascensión Lerma. Ordinario de nulidad de un contrato 43

B

Barrera Juan N. (Presbítero) contra Francisco Rojas S. Ordinario sobre rescisión por vicios redhibitorios 638
Basto Juan de Dios. Causa por homicidio .. 302
Bautista de Cantillo Juana contra Joaquín Caldas Luna. Ordinario sobre repetición por pago de lo no debido 126
Beltrán Justino contra la Compañía de Samacá, S. A. Ordinario por perjuicios .. 77
Benavides v. de Jorge y Virginia y otras contra María de Jesús Santos v. de Niño y Fabiola Niño Santos. Ordinario de reivindicación 136
Benavides Caro Luis M. Auxilio de cesantía 440
Benavides Octavio J. Pensión de jubilación 523
Bernal Máximo o su sucesión ilíquida contra el Departamento de Boyacá. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 395
Bernal José Vicente contra Joaquín Reyes. Ordinario para el pago de una suma de pesos 599
Bolívar Luis Felipe. Causa por homicidio .. 368
Bonilla Pineda Francisco. Causa por homicidio 264
Bonilla V. Alfonso contra la Nación. Especial petitorio de cesantía 818
Butrabi Teófilo. Recusación de un Magistrado 332

C

Cabal Jorge. Causa por alguno de los delitos de que trata el Cap. VI, Título III, Lib. II del Código Penal 262
Cáceres Petra contra la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A. Ordinario por perjuicios 139
Calderón Miguel contra Jesús Buriticá o Juan Clímaco Arenas H. Ordinario para el pago de una suma de pesos 80
Calderón Valentín contra Romelia Rodríguez de Rodríguez, Gloria Antonia Rodríguez y otras. Ordinario sobre simulación 194
Camargo de Malaver Mercedes contra Enrique Malaver. Especial sobre separación de bienes. Improcedencia del recurso de casación 64

Páginas

Cañizares Anatolio. Causa por homicidio .. 699
Cañón Acosta Heraclio. Causa por homicidio 294
Cardona Francisco contra Apolinar Gutiérrez Mejía y Matilde Espinosa. Ordinario de nulidad de un remate y de reivindicación 86
Carrascal de Arévalo Angelina contra Elio Navarro. Ordinario para el pago de una suma de pesos 617
Castillo Hernando y María Reyes Segura de Castillo contra la Nación. Ordinario por perjuicios 761
Castro Adolfo contra José María Poveda. Ordinario de nulidad de un contrato .. 132
Castro Martínez Eduardo. Sobreseimiento definitivo en la acusación que como a Magistrado del Tribunal Superior de Tunja se le hizo por intervención en la política 235
Castro Francisco contra la Nación. Ordinario por perjuicios 855
Castro Rey Gustavo. Pensión de jubilación.. 392
Caviedes Arteaga Héctor. Sentencia del Consejo de Guerra verbal 210
Código Judicial acusado de inconstitucionalidad en sus artículos 173 y 252. Sentencia de la Sala Plena 15
Compañía Shell de Colombia, S. A. y Carmen Varela v. de Tello. Propuesta de exploración y explotación de petróleo 537
Compañía de Petróleos Shell de Colombia, S. A. Se declara fundada su pretensión de exploración en la finca "San Rafael", del Municipio del Espinal 719
Compañía de Mosaicos Hidráulicos S. A. contra Jesús María Tobón. Ordinario de resiliación de un contrato 630
Compañía de Tranvías de Pereira contra el Departamento de Caldas. Ordinario petitorio de declaración de dominio 800
Córdoba v. de Abadía Florencia contra la Nación. Ordinario por perjuicios 730
Cormane Juan B. Pensión de jubilación ... 751
Cortés Gonzalo Alberto. Causa por homicidio 350
Cortés Lara Roberto contra Paulina Suárez y Aníbal Escamilla. Ordinario de nulidad de una hipoteca y de reivindicación .. 91

D

Decretos Ejecutivos números 950 y 1793 de 1931, acusados como inconstitucionales. 20

Páginas

Decreto Nº 1766 de 1936, acusado de inconstitucionalidad 2
Decreto Legislativo Nº 1778 de 1944, acusado de inconstitucionalidad 23
Del Castillo de Peñuela Francisca contra Josué Peñuela, Cornelio Fonseca Matéus y José Vicente Peñuela. Ordinario de nulidad de una escritura y de reivindicación 677
Díaz O. Pedro contra la "Sociedad Agrícola Comercial, S. A." Ordinario sobre pago de perjuicios 37
Díaz de Rodríguez Rosaura contra Jesús María Rodríguez y Luis Alfonso Monsalve. Ordinario de nulidad de un contrato y de reivindicación 105
Díaz Pascual. Causa por homicidio 298
Díaz Ospina Federico, Eduardo y Luis Eduardo Díaz y otros contra The Anglo South American Bank Limited. Ordinario por perjuicios 581
Donado A. Arnaldo contra el Departamento del Atlántico. Ordinario por perjuicios.. 787
Duque Lince Ernesto contra Ricardo Gutiérrez Mejía. Ordinario por perjuicios 672

E

Echeverría Roberto contra Gerardo Reyes. Ordinario para el pago de una suma de pesos 573
Empresa Agrícola de Santander, S. A. contra la Nación. Ordinario petitorio de declaración de dominio 754
Escobar Marulanda Mario. Pensión de jubilación 558

F

Faulhaber de Tobón Concepción contra Jesús María Tobón. Partición de bienes de la sociedad conyugal 117
Forero Julio Ernesto. Pensión de jubilación 839
Franco José Joaquín y Filomena Castrillón contra el Municipio de San Roque. Ordinario por perjuicios 622

G

Garay García Jorge y otros. Causa por homicidio, robo, etc. 334

Páginas

García Reyes Miguel A. contra William Sheet. Ordinario de reivindicación 55
García Celestino. Causa por homicidio 278
García Angel M. Pensión de jubilación 442
García María Aurora, Tomás Emilio, Ana Jesús y José Libardo, por medio de su curador como menores doctor Francisco José Ocampo, contra el Departamento de Caldas. Ordinario por perjuicios 822
Giraldo Pureza contra Milcíades Mora. Ordinario de reivindicación 653
Gómez Luis Ramón o Ramón Parada López. Causa por homicidio 212
Gómez Vicente Antonio. Causa por homicidio 715
González Piedrahita Ernesto, Hernando Navia Varón y otros. Cancelación de matrícula de abogados 383
Gutiérrez Orosia contra Abraham Benito. Ordinario por perjuicios 611

H

Henao Juan Gregorio, Antonio María y Asnoraldo contra Julio Calle. Ordinario de inexistencia de un contrato de simulación 32
Enríquez Orozco Santiago, Julio César y otros contra los causahabientes de Clemente Marrocco y otros. Ordinario sobre nulidad de una sentencia 40
Herederos de Adolfo González y Valentina Fonseca contra la Compañía Agrícola Industrial de Boyacá, S. A. Ordinario sobre falsedad e inexistencia de unos documentos 34
Hernández Luis y Carlos Arellano. Causa por heridas y lesiones personales 311
Herrera v. de Espeleta Ester y Lucía Espeleta de Collins contra Leonor Trucco de Martínez. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 169
Higuera R. Carlos contra Arturo Schneider. Ordinario por perjuicios 590
Hoyos de Uribe Margarita contra el General Víctor Manuel Salazar. Ordinario por perjuicios 624

I

Ibarra Manuel. Pensión de jubilación 445

J

Jiménez Telésforo contra Roberto Duarte. Ordinario de reivindicación 118
Jiménez v. de Escobar Mercedes, Susana y Josefina Jimeno v. de Ponce de León contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios 604

K

Kundhardt & Company Inc. y otros. Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleo 403

L

La Nación (Procurador Delegado en lo Civil) contra The Tropical Oil Company. Ordinario sobre terminación de un contrato de concesión para explotación de petróleo de propiedad nacional 457
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Lorenzo A. Guarnizo. Ejecutivo. Excepciones 750
La Nación contra la Santa Marta Fruit Company. Ordinario petitorio de declaración de dominio 809
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Carlos, Bernardo y Ricardo Buendía. Ejecutivo 452
Laserna Bravo Francisco contra Emiliano Mejía, Jorge Mejía Escobar y otro. Ordinario de reivindicación 51
León Parménides contra Pedro A. Peña. Ordinario de nulidad de un contrato y de reivindicación 108
León Zárate Luis Alberto. Causa por homicidio 308
Ley 88 de 1935 acusada de inconstitucionalidad en sus artículos 6º y 8º 2
Ley 51 de 1943 acusada de inconstitucionalidad en sus artículos 1º y 2º 8
Liévano Nicolás contra la Nación. Ordinario. 525
Litografía Barranquilla, S. A. contra Emiliani, Senior & Co., S. en Co. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 152
Loaiza Juan de Dios y Ramona Vargas contra la Compañía Eléctrica Industrial del Quindío. Ordinario por perjuicios 668

Páginas

López Rito Julio y Natividad Galvis. Causa por homicidio 305
López Pedro A. contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios 645
López Mejía Lázaro. Causa por lesiones personales 691
Lozano Emiliano y Pedro Ignacio Eslava contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios 98

M

Mahomed Alí Eff Yusef o Mahomet Aliyusept y Francisco Sabat. Causa por hurto 228
Marcucci Olinto, como Gerente de la Compañía Urbanizadora Marcuchinia S. A., contra María Vargas de Costa y otras. Ordinario de restitución de bienes 142
Marín Arturo. Causa por homicidio 684
Marín Lubín. Causa por uxoricidio 712
Martínez de Valdés Juana contra Alcides Martínez Silva y otros. Ordinario sobre nulidad de un testamento..... 70
Mazuera Emilia e Isabel contra Adela Communay y Ernestina Rojas. Ordinario petitorio de declaración de dominio por prescripción 660
Mejía Aurelio. Sobreseimiento definitivo en su favor por imputaciones que como a Gobernador de Antioquia le hizo José J. Ossa 348
Merchán Aurelio. Causa por robo 370
Molina Praxedis contra Francisca León. Ordinario de reivindicación 171
Molina Marco A. contra Jorge A. González y otros. Ordinario de reivindicación 178
Molina Callejas Germán contra la Nación. Ordinario sobre propiedad de una mina 387
Molina Lorenzo o Juan Lorenzo. Causa por homicidio 685
Monroy María de Jesús contra la Nación. Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa 447
Monsalve Rafael y Rosa Amelia Suárez contra el Municipio de Bello. Ordinario por perjuicios 633
Moreno López Raimundo contra la Nación. Ordinario por perjuicios 776

Páginas

Muñoz Jesús Dominga Avendaño contra el Ferrocarril de Cundinamarca. Ordinario por perjuicios 122
Muñoz Recalpe Angel. Causa por lesiones personales 693

N

Navarro Jorge H. y Pedro A. Casís contra Joaquín Molina. Ordinario sobre pago de perjuicios 26

O

Ocampo Patiño Miguel. Sobreseimiento definitivo por supuesto delito de detención arbitraria que se le imputó como a Magistrado del Tribunal de Buga 199
Ocampo Patiño Miguel. Llamamiento a juicio por el delito de prevaricato como Magistrado del Tribunal de Buga 290
Ochoa Santiago. Causa por homicidio 701
Olivares Clavijo Alberto. Causa por homicidio 360
Orozco Rendón Darío contra la Nación. Ordinario por perjuicios. Incidente de fijación de la cuantía de la indemnización 842
Ospina v. de Ayarza Carmen contra la Nación. Ordinario por perjuicios 503

P

Palacio Carmelo. Causa por homicidio 374
Peña Teófilo contra la Nación. Ordinario por perjuicios 747
Perdomo Francisco contra Roberto Aguiar y Herminia Díaz de Aguiar. Ordinario sobre nulidad absoluta de un contrato 95
Pérez Gentil contra Jesús Arango y otros. Ordinario de reivindicación 585
Pinchao Nectario. Causa por homicidio ... 259
Prada José Antonio. Causa por homicidio .. 707
Prieto Luis Antonio contra Mercedes Moncada y Luis Enrique León Quiroga. Ordinario de nulidad de una escritura 180
Pulido Indalecio o Arcadio Jiménez. Sumario 247

R

Ramírez v. de Suárez María y Elisa Suárez Ramírez contra la Nación. Ordinario sobre propiedad de un terreno 828

Páginas

Rey Aparicio contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios 146
Reyes v. de Consuegra Isabel y sus hijos Félix Teodoro y Luis Eusebio Consuegra Reyes contra la Nación. Ordinario por perjuicios 507
Rincón Duarte Marcos. Causa por homicidio 225
Roa Solano Luis José. Causa por el delito de fuga 697
Roatán Peña Venancio. Causa por homicidio 314
Rodríguez Contreras Ricardo. Causa por homicidio 323
Rojas Martínez Hernando (Mayor). Causa por responsabilidad en el incumplimiento de una orden de detención 706
Rojas v. de Saldarriaga María de Jesús contra la Nación. Ordinario de reivindicación 777
Romero Manuel Antonio. Causa por lesiones personales 203
Romero Padilla Mario. Sobreseimiento definitivo por los cargos que se le hicieron como a Magistrado del Tribunal de Bogotá 243
Roncallo Hermanos & Cía, S. A. contra la Nación. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 527
Rondón v. de Salazar Abigaíl contra Amalia Salazar v. de Ortega. Ordinario por perjuicios 111

S

Sáenz Lora Sofía. Petición de cumplimiento de un auto dictado por un Juez de Costa Rica 666
Salazar Calderón Benjamín. Causa en que se le absuelve por peculado 240
Salvamento de voto de los Magistrados Liborio Escallón, Víctor Cock, Arturo Tapias Pilonieta y José Antonio Montalvo a la sentencia de la Sala Plena que decidió la demanda de inexequibilidad contra los artículos 6º y 8º de la ley 88 de 1935 y el Decreto Nº 1766 de 1936 6
Salvamento de voto de los Magistrados Isaías Cepeda y Hernán Salamanca a la sentencia por la cual se decidió la demanda de inexequibilidad de la Ley 51 de 1943, sobre comunidades 14
Salvamento de voto del Magistrado Isaías Cepeda a la sentencia que decidió el juicio ordinario promovido por la Litografía Barranquilla, S. A. contra Emiliani, Senior & Co. S. en Co., sobre pago de una suma de pesos 162
Salvamento de voto de los Magistrados Campo Elías Aguirre y José Antonio Montalvo al auto por el cual se declaró nulo lo actuado en el proceso contra Indalecio Pulido, por violencia carnal 253
Salvamento de voto de los Magistrados Campo Elías Aguirre y Ricardo Jordán Jiménez a la sentencia que decidió la causa contra Heraclio Cañón Acosta por el delito de prevaricato 297
Salvamento de voto del Magistrado Campo Elías Aguirre a la sentencia que decidió la causa contra Ricardo Rodríguez Contreras por homicidio 331
Salvamento de voto del Magistrado José Antonio Montalvo a la sentencia que decidió la causa contra Luis José Acelas, por homicidio 347
Salvamento de voto de los Magistrados Aníbal Cardoso Gaitán y Arturo Tapias Pilonieta a la sentencia que decidió el juicio ordinario instaurado por Hernando Castillo y María Reyes Segura de Castillo contra la Nación, por perjuicios 773
Salvamento de voto de los Magistrados Aníbal Cardoso Gaitán e Isaías Chávez al auto que decidió el incidente sobre fijación de la cuantía de la indemnización en el juicio ordinario sobre pago de perjuicios intentado contra la Nación por Darío Orozco Rendón 852
Sánchez Erasmo contra Israel Rodríguez. Ordinario sobre exclusión de bienes de una sucesión 101
Sanclemente Marulanda Jorge. Causa por homicidio 364
Sanín Mora Jorge. Pensión de jubilación.. 797
Santamaría Faustino. Objeciones a la partición verificada en ese juicio 593
Sarmiento Josefina contra la Nación. Ordinario sobre pago del valor de un seguro 521
Segovia B. Julio César contra el Departamento de Nariño. Ejecutivo 455

Páginas

Silva Julián. Enjuiciamiento como Juez Mixto del Circuito de Barranquilla por los delitos contemplados en el Capítulo VI, Título III, del Libro II del Código Penal 216
Silva Salazar Jorge Eliécer, Luis Carlos y José María contra Gregoria Peña. Ordinario de nulidad de una sentencia 636
Sociedad Ganadera del Norte, Limitada, contra la "Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, S. A.". Ordinario por perjuicios.... 163
Soto Antonio José. Causa por homicidio 707

T

Tolosa Adán. Causa por homicidio 710
Toro de Restrepo Julia contra Elisa Johnson v. de Vélez y Tulio Vélez Johnson. Ordinario sobre nulidad de un remate y reivindicación..... 61
Torres Domingo y Luis Hernán Navas. Causa por homicidio 320
Triana Samuel. Causa por robo 689
Trujillo Gómez José Luis contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios.. 184

U

Uribe Antonio María. Se inhibe la Corte para juzgarle como Magistrado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bucaramanga 285

Páginas

Uribe Gilberto. Causa por lesiones personales 255

V

Valero Cruz Roque contra la Nación. Ordinario por perjuicios 834
Valera José Joaquín contra Paula Alvarez. Ordinario de nulidad de un contrato y de reivindicación 657
Vargas José Gabriel. Se declara que no tiene impedimento para conocer del proceso seguido a Francisco Vallecilla y otro por homicidio 358
Vargas v. de Gutiérrez María de Jesús en su propio nombre y como representante legal de sus menores hijos, contra la Nación. Ordinario por perjuicios 517
Vargas Arana Josefina y el Hospital de Guaduas. Oposición a la propuesta de exploración y explotación de petróleo hecha por la Compañía Caldas Petroleum Company 781
Vega Orozco Eduardo contra la sociedad La Nueva Flota, Limitada. Ordinario por perjuicios 150
Vélez Eusebio N. contra Melitón Betancur, Luis Norberto Vélez y José Sierra. Ordinario de nulidad de un juicio ejecutivo 73
Vertúa Stéfano contra la Societé Nationale des Chemins de Fer en Colombie. Ordinario por perjuicios 48

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Talleres Gráficos
Mundo al Día